



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

STELLA REGINA COELI DE SOUZA

**O DIREITO DE TERCEIRO COMO LIMITADOR DO INSTITUTO DA OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

O caso da recusa de tratamento médico alegada por representante legal

Brasília
2015

STELLA REGINA COELI DE SOUZA

**O DIREITO DE TERCEIRO COMO LIMITADOR DO INSTITUTO DA OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS:
O caso da recusa de tratamento médico alegada por representante legal**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: prof. André Pires Gontijo

Brasília
2015

STELLA REGINA COELI DE SOUZA

**O DIREITO DE TERCEIRO COMO LIMITADOR DO INSTITUTO DA OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS:**

O caso da recusa de tratamento médico alegada por representante legal

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: prof. André Pires Gontijo

Brasília, _____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. André Pires Gontijo

Orientador

Prof. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça

Examinador

Prof^ª. Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra Ferreira

Examinadora

Dedico esta pesquisa ao meu pai, meu anjo da guarda na Terra e meu amigo, José, em retribuição por sua torcida, seu amor e pelo seu exemplo de determinação que foram, e serão sempre, minhas fontes de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Aos meus maravilhosos pais, José e Zilma, pela paciência, pela torcida, pelo imenso amor e por depositarem tanta fé em mim. Sem vocês, eu *nada*. Vocês são o meu porto mais seguro, e não tenho sequer palavras para descrever o quanto significou para mim cada gesto de carinho que dispensaram a mim nesta caminhada, ainda que por várias vezes eu não tenha sabido corresponder-lhes à altura.

À minha amada irmã, Laeticia, pela inspiração que em tantos momentos foi o combustível de que precisei para enfrentar as tensões inerentes a este caminho. Seu sorriso e sua força estão incessantemente presentes em meus pensamentos. Obrigada por estar sempre ao meu lado, ainda que fisicamente distante.

Ao meu grupo de amigos CFs/EB&C, pela companhia, pelas risadas, pelos momentos incríveis, pelos ombros e colos que foram tão necessários para que eu chegasse inteira até aqui – em especial, agradeço a Débora Miziara, Natália Morato, Letícia Ribeiro, Daniel Chaves e Fabiano Marcolino, por serem tão queridos comigo ao longo de todos estes anos de convívio. Não há adjetivos aptos a descreverem o quanto significam para mim.

Às minhas lindas amigas Adriana Silva e Daiane Vargas, por todos os abraços, por toda a torcida, por todo o esmero que têm com a nossa amizade, pela atenção que dispensam às minhas conquistas e às minhas angústias, por todos os anos de parceria e amor. Vocês são espetaculares, e é imensurável o meu amor por vocês.

Aos colegas e amigos da Promotoria de Justiça de Ceilândia, por terem tornado esta jornada mais amena em tantas ocasiões. O foco de toda a minha luta é retornar a essa casa para servir a quem precisar com a excelência proveniente do aprendizado que obtive durante os dois magníficos anos de convívio com todos vocês.

Aos colegas e amigos que fiz ao longo destes cinco anos de UniCEUB, pelas discussões edificantes, pelo auxílio mútuo que só nós sabemos quão valioso é, pelos momentos de descontração dentro e fora de sala de aula, pelas palavras de incentivo que, também, somente nós compreendemos o quanto podem contribuir para o sucesso de nossas empreitadas. Que sorte tive por conhecê-los!

Aos mestres que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui com a sensação de dever cumprido, com o primor que emana da inspiração que muitos de vocês

proveram a mim durante esta etapa. De modo especial, menciono a minha gratidão à querida professora Carolina Costa Ferreira, que com temperança, alegria e competência me guiou no início desta pesquisa.

Ao meu estimado orientador, professor André Pires Gontijo, por quem nutro intensa admiração desde o início do curso. Sou grata por sua serenidade, por sua sabedoria, por sua atenção e pela confiança que sempre depositou em mim, sem as quais esta caminhada teria sido muito mais penosa.

Aos meus familiares, a quem peço licença para que se deixem se representar pelo nosso amado Roque Matias de Souza, cuja ausência é sentida com incalculável intensidade desde agosto deste ano. *“Vocês estão felizes?”*. Aos meus primos, rogo para que se sintam retratados neste gesto por Isabella Cannalunga, por quem todos vocês sabem que sinto um amor que nem cabe em mim. Obrigada a todos, por tudo.

A Douglas Fernandes, pelo carinho que tem por mim e pela tranquilidade que tentou me transmitir longo dessa jornada.

A todos aqueles que não expus diretamente, mas que torceram para que eu chegasse até aqui. Digo, sem vaidade, que vocês são muitos, e muito especiais. Minha gratidão e meu carinho a vocês.

*“And in the end, the love you take is equal to the love you make.”
(The Beatles – The End)*

“O cristianismo pode ser bom e o satanismo mau. Segundo a Constituição, entretanto, os dois são neutros. Esse é um conceito importante, mas de difícil aceitação para muitos agentes da lei. Eles não são pagos para defender os Dez Mandamentos, mas o Código Penal.”

- Carl Sagan, “O Mundo Assombrado Pelos Demônios: a Ciência Vista Como Uma Vela No Escuro”

“Será que Deus quer a bondade ou a escolha da bondade? Será que um homem que escolhe o mal é, talvez, melhor do que outro que teve o bem imposto a si?”

- Anthony Burgess, “Laranja Mecânica”

RESUMO

O objetivo precípua desta pesquisa é demonstrar o direito de terceiro à vida, e seus corolários, como limitador do instituto da objeção de consciência. A proposta é a análise de caso concreto em que, em nome de terceiro, representante legal tenta, amparado na mencionada escusa, obstar a realização de dada conduta clínica tida como essencial à tentativa de recuperação do indivíduo. Tendo tal situação como norte, passa-se à busca pela subsunção da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao referido cenário, utilizando-se, para tanto, de procedimentos epistemológico e instrumental, bem como de técnica bibliográfica. A fim de construir uma ponte entre teoria e prática, examinou-se a decisão pertinente ao *Habeas Corpus* nº 268.459/SP, o qual buscava excluir de ação penal, oferecida pelo Ministério Público de São Paulo, os genitores de Juliana Bonfim, à época adolescente, e que faleceu em decorrência da demora em receber transfusão sanguínea, uma vez que seus pais se manifestaram contra tal procedimento, com base na vedação a essa conduta, ínsita ao exercício de suas religiões, Testemunhas de Jeová. O resultado do estudo em questão foi a conclusão pela adequação da teoria da eficácia em três níveis, proposta por Robert Alexy, ao conflito ora em perquirição, o qual envolve dois polos que detêm a titularidade de direitos fundamentais, fazendo-se necessário, dessa forma, o devido juízo de ponderação, tido como de suma importância para a hipótese aventada pelo precitado professor alemão. Ademais, referida tese confere magnitude ao efeito de irradiação dos direitos fundamentais à lei ordinária, o que se coaduna ao que se procurou demonstrar quando do esmiuçar dos comandos normativos penais e cíveis relativos às possibilidades levantadas com relação a pacientes adultos e pediátricos.

Palavras-chave: direito à vida; direito de terceiro; objeção de consciência; eficácia horizontal dos direitos fundamentais; Robert Alexy; direitos fundamentais; recusa de tratamento médico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS: VIDA VERSUS CRENÇA E CONSCIÊNCIA	14
1.1 O direito à vida na Constituição Federal de 1988	14
1.2 Das liberdades de crença e de consciência	19
1.3 Objeção de consciência: conceito	21
<i>1.3.1 A objeção de consciência na Constituição Federal de 1988</i>	<i>26</i>
<i>1.3.2 Tratamento doutrinário: a objeção de consciência como direito fundamental</i>	<i>27</i>
1.4 Do Estado laico e da necessidade de proteção contra a “tirania da maioria”	30
1.5 O Estado laico como garantidor do direito de terceiros	37
1.6 Da necessidade de relativização de direitos fundamentais no caso concreto	39
2 DA VINCULAÇÃO DE PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SUAS INTER-RELAÇÕES.....	43
2.1 Da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais.....	43
2.2 Da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais	47
<i>2.2.1 Da irradiação dos direitos fundamentais.....</i>	<i>50</i>
<i>2.2.2 Do dever de proteção do Estado</i>	<i>52</i>
2.3 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	53
2.4 Das teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais	58
<i>2.4.1 Eficácia direta (imediate)</i>	<i>58</i>
<i>2.4.2 Eficácia indireta (mediata)</i>	<i>60</i>
<i>2.4.3 “State action doctrine”</i>	<i>64</i>
2.5 Da resolução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito da eficácia horizontal.....	66
<i>2.5.1 Da ponderação dos direitos fundamentais em colisão</i>	<i>69</i>
3 DA APLICABILIDADE DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS CASOS CONCRETOS	79
3.1 Da autonomia da vontade versus o direito à recusa de tratamento em nome de terceiro.....	79
3.2 Análise da subsunção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao caso proposto: a importância da teoria integradora de Robert Alexy e do efeito de irradiação dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional	83
3.3 Arcabouço legal infraconstitucional: pacientes adulto e pediátrico	87
<i>3.3.1 O caso do paciente adulto</i>	<i>88</i>
<i>3.3.2 O caso do paciente pediátrico.....</i>	<i>91</i>
3.4 A decisão do Superior Tribunal de Justiça frente ao HC nº 268.459/SP	97

CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a analisar o conflito existente entre os direitos fundamentais à vida e às liberdades de crença e consciência. A situação específica a ser tratada neste estudo diz respeito ao cenário em que o indivíduo enfermo encontra-se impossibilitado de expressar a sua vontade de receber, ou não, determinado tratamento médico; diante disso, seus representantes, por motivos de convicção íntima, amparados no instituto da objeção de consciência, buscam evitar que tal pessoa se submeta à referida conduta – seja porque vedada por certo segmento religioso, seja por motivações que digam respeito unicamente à consciência do objetor.

O âmbito de desenvolvimento do estudo ora engendrado tem esboço precípuo no Direito Constitucional, uma vez que se dará com base na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Apesar disso, não se olvida que, principalmente quando do exame concernente aos casos concretos, a multidisciplinaridade far-se-á presente, já que se afigura impossível esmiuçar a causa em questão sem que se adentre, ainda que superficialmente, nas áreas dos Direitos Civil e Penal, bem como em regulamentos específicos, como o Código de Ética Médica e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O objetivo geral da investigação em comento é analisar a maneira como a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se dá no caso *retro* proposto, bem como demonstrar que o direito de terceiro, nesse cenário, se constitui em limite intransponível ao instituto da objeção de consciência.

A partir dessa constatação, traça-se como objetivos específicos desta pesquisa:

- 1) Discorrer sobre os direitos fundamentais envolvidos;
- 2) Demonstrar o caráter de direito fundamental do instituto da objeção de consciência;
- 3) Argumentar no sentido de que se faz necessário, em uma sociedade dita laica, discutir questões atinentes à relativização do direito à vida, a fim de que não predomine verdadeira “tirania da maioria” sobre questões que dizem respeito, exclusivamente, à pessoa do objetor (acaso seja ela, também, a detentora do direito à vida);
- 4) Destacar que, apesar do exposto acima, o mencionado instituto encontra limites no que toca a direito de terceiro;

- 5) Revelar o respaldo jurídico infraconstitucional a corroborar a premissa *supra* suscitada;
- 6) Indicar as principais teorias acerca da maneira como os direitos fundamentais são aplicáveis aos conflitos envolvendo particulares (ambos titulares de tais direitos);
- 7) Perquirir de que modo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais incide sobre o caso em aresto.

Apresentado o contexto em torno do qual girará esta monografia, aponta-se como problemas de pesquisa as seguintes questões: como se dá a incidência da teoria horizontal dos direitos fundamentais ao caso ora proposto? Que teoria acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais melhor explicita a situação *retro* apresentada? O direito de terceiro se constitui, de fato, em limite ao instituto da objeção de consciência?

Considera-se, como hipóteses iniciais de pesquisa, que a teoria horizontal dos direitos fundamentais, a qual tem por escopo a aplicação de tais normas às relações entre particulares, incide no caso de recusa de tratamento médico alegada por representante legal de modo a demonstrar como é realizado o sopesamento entre os direitos à vida e à liberdade religiosa. Tal se dá, em tese, não apenas pelo balanceamento dos referidos direitos em si, de modo abstrato, mas por força do dito efeito de irradiação, o qual preceitua que o catálogo de direitos fundamentais constitui-se em verdadeira carta de valores apta a orientar o legislador infraconstitucional.

Ainda acerca das hipóteses relativas a este estudo, mencione-se que a teoria que melhor explica referida incidência é a dita eficácia imediata dos mencionados direitos. Tem-se, por fim, que o ordenamento jurídico pátrio busca proteger a vida de terceiro em várias frentes ante a situação ora exposta, constituindo-se, assim, o direito de terceiro, em limite à escusa de consciência.

Para buscar responder aos questionamentos ora levantados, apresentar-se-á, no primeiro capítulo, digressão teórica acerca dos direitos fundamentais envolvidos no fulcro do problema – quais sejam, vida (e seus corolários) e liberdades de crença e consciência. Passar-se-á, em seguida, ao exame do instituto da escusa de consciência, bem como à demonstração de que tal se trata de verdadeiro direito fundamental.

O segundo capítulo, por sua vez, cuida da exposição dos aspectos atinentes à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: dimensão jurídico-objetiva de tais

normas, necessidade de ponderação e as principais hipóteses que buscam explicar a maneira como a aludida eficácia se dá nas relações de conflitos entre particulares – ambos titulares de direitos fundamentais.

Finalmente, o derradeiro capítulo tratará da análise do caso concreto que instigou a presente pesquisa – qual seja, a decisão do Superior Tribunal de Justiça frente ao *Habeas Corpus* nº 268.459/SP, cujo pedido consistiu na concessão de ordem para que os genitores de Juliana Bonfim fossem excluídos da ação penal que até então respondiam. Essa, por sua vez, tinha por móvel exordial acusatória oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual constava Idelir Bonfim de Souza e Hélio Vitória da Silva como incurso no artigo 121, *caput*, combinado com o artigo 61, II, “e”, ambos do Código Penal. Tal fato deu-se após os pais da então adolescente terem se manifestado contra a conduta clínica que seria ministrada à menor, a qual consistia em transfusão sanguínea, tida como vedada pela religião que então professavam (Testemunhas de Jeová). Averiguar-se-á, então, qual das teorias atinentes à eficácia horizontal dos direitos fundamentais parece melhor explicitar como se dá a resolução de situações que envolvam o referido embate de direitos fundamentais entre particulares.

No mesmo capítulo, buscar-se-á listar o arcabouço legal infraconstitucional que respalda a premissa da qual se parte para realizar o estudo de que aqui se trata: a de que o direito à vida predomina, nesse caso, sobre a objeção de consciência, uma vez que o indivíduo cuja existência está em jogo não expressou sua vontade no que toca à vontade de receber, ou não, aquele tratamento médico. Destrinchar o referido conjunto normativo relaciona-se à demonstração do efeito de irradiação dos direitos fundamentais envolvidos, um dos corolários da chamada dimensão jurídico-objetiva de tais normas.

Adotar-se-ão dois procedimentos de pesquisa a fim de desenvolver o estudo em comento: epistemológico e instrumental. O primeiro será predominante nos primeiros dois capítulos desta monografia, tratando-se de perquisição de cunho teórico cujo objetivo é apresentar conceitos sobre os institutos a serem tratados em tais momentos. A última técnica alude à preocupação com a prática, fazendo-se preponderante no terceiro capítulo, o qual, conforme *retro* exposto, tratará da análise de caso prático envolvendo os direitos fundamentais à vida e às liberdades de crença e consciência.

O marco teórico de que se utilizará com o escopo de realizar esta pesquisa será a abalizada bibliografia pertinente ao tema, a qual inclui nomes como Wilson Steinmetz, Daniel

Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Gilmar Mendes, José Joaquim Gomes Canotilho e Robert Alexy.

A justificativa pessoal para a escolha do tema ora tratado reside em questionamento realizado pela autora desta pesquisa acerca da possibilidade de os representantes de paciente acometido por doença grave tomarem atitudes para que tal enfermo não se submeta a dada conduta clínica sem que viessem a sofrer sanções especificadas em lei, uma vez que protegidos pelos direitos fundamentais às liberdades de crença e consciência. Referida dúvida surgiu no início da faculdade, quando da leitura do primeiro volume do livro de Direito Civil de Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias, o qual trazia breve abordagem sobre o assunto. A seguir, no sétimo semestre da graduação em Direito, a ilustre professora de Filosofia do Direito, Dra. Aléssia Chevitarese, provocou na autora a vontade de estudar o tema referente à objeção de consciência, após o que a referida inquietação veio novamente à baila, junto à interrogação alusiva à possibilidade de a doutrina constitucional ter algum tipo de resposta apropriada ao mencionado problema.

Passemos, pois, ao registro do resultado da pesquisa em comento, iniciada em meados de 2014, esperando-se que sua leitura frutifique em uma reflexão que só tenha a acrescentar ao conhecimento jurídico daqueles que se sintam instigados a realizarem a análise desta monografia.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS: VIDA *VERSUS* CRENÇA E CONSCIÊNCIA

O presente capítulo versa sobre os direitos fundamentais que dão sustentáculo a este estudo: vida e liberdades de crença e consciência. A seguir, definir-se-á o instituto da objeção de consciência, de modo que se perceba que também se trata de direito fundamental.

Após, passa-se à reflexão sobre o papel do Estado laico como garantidor da correta efetivação dos direitos em comento em dois cenários diversos. A fim de que proceda à correta análise do caso concreto, cabe ao julgador não se deixar influenciar pelos ditames da maioria, em um contexto, bem como é dele esperado que tenha no direito de terceiro obstáculo à outra prerrogativa em conflito, em outra situação. A ambas, aplica-se um denominador comum nesse momento da pesquisa: a importância da laicidade do Ente Soberano.

Por fim, analisar-se-á a teoria que cuida da relativização dos direitos fundamentais em jogo, de modo a demonstrar que não existe hierarquia entre quaisquer deles, e muito menos garantia constitucional absoluta. Demonstrar-se-á que se faz imprescindível, pois, a análise das nuances do caso concreto a fim de definir-se qual das normas preponderará em eventual situação de conflito.

1.1 O direito à vida na Constituição Federal de 1988

O direito à vida é garantido na Carta Magna vigente no *caput* do seu artigo 5º, sem que pare dúvidas acerca de seu caráter de fundamentalidade. Trata-se não apenas do sentido biológico da existência, mas também dos caracteres de “unidade, identidade e continuidade substanciais”, devendo ser compreendida em uma acepção mais abrangente¹. Integra elementos físicos-psíquicos e espirituais (imateriais)².

Do ponto de vista bioético, segundo leciona Elio Sgreccia, a vida consiste na capacidade de um sujeito “ser causa e fim da própria ação”, o que significa vida como capacidade de ação imanente³, sendo a autonomia e a superioridade do vivente sobre o não-

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 199.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 200.

³ SGRECCIA, Elio. **Manual de ética e bioética**. Fundamentos de ética e bioética. São Paulo: Loyola, 1996, p. 93.

vivente critérios que diferenciam as vidas vegetativa, sensitiva e intelectual⁴. O mesmo autor assevera que é a capacidade de não se submeter ao determinismo do mundo, existindo em sua singularidade através da liberdade e da consciência, o traço mais característico da vida humana⁵.

Tido pela doutrina como verdadeiramente sagrado, assumindo o posto de mais básica premissa assegurada em nosso ordenamento jurídico constitucional⁶, o direito à vida é o primeiro proclamado dentre os cinco demais valores que inspiram a carta de normas fundamentais inscrita na Carta Magna de 1988⁷. Os direitos e liberdades garantidos no Texto Maior têm na vida os limites máximos de sua concreta extensão⁸.

Para George Marmelstein, a explicação para o valor intrínseco à vida está na crença de ser tal direito sacrossanto, algo como “um presente de Deus”⁹. Ademais, é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos¹⁰, critério esse com que concordam Mendes e Branco ao mencionarem que não haveria sentido algum na existência de outras garantias se não se assegurasse o direito a se estar vivo para que o indivíduo pudesse delas usufruir¹¹.

Recepcionado pela Constituição Federal como norma constitucional, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, determina que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”¹². Para Tavares, a expressão “em geral” permite a quebra do referido comando, de modo a relativizar a aludida proteção quando estiverem em jogo outros valores constitucionais¹³. O sentido mais elementar atribuído a tal dispositivo diz respeito à proteção

⁴ SGRECCIA, Elio. **Manual de ética e bioética**. Fundamentos de ética e bioética. São Paulo: Loyola, 1996, p. 94.

⁵ SGRECCIA, Elio. **Manual de ética e bioética**. Fundamentos de ética e bioética. São Paulo: Loyola, 1996, p. 112-113.

⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 425.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255.

⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86.

¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255.

¹² CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 428.

contra a privação arbitrária da vida – de se dizer, de continuar existindo¹⁴. Trata-se, dessarte, de direito negativo, dirigido ao Estado em favor de todo indivíduo.

A titularidade do direito à vida é de todo ser humano, singularizado “por uma dignidade intrínseca e indisponível”¹⁵, premissa essa que não se coaduna com qualquer relação atinente à graduação do mencionado direito a aspectos acidentais que caracterizam a existência de um indivíduo¹⁶. Ademais, “não pressupõe mais do que pertencer à espécie *homo sapiens*”¹⁷. Assim sendo, meramente por pertencer à natureza humana é que o indivíduo goza de toda proteção disponível no que toca ao direito à vida.

São corolários da garantia ora em comento, de interesse direto para a presente pesquisa, as normas constitucionais referentes à integridade físico-corporal, à existência e à saúde. O direito à integridade física está expresso no artigo 5º, inciso XLIX (atinente, especificamente, à situação de indivíduos recolhidos à prisão) e implícito no artigo 5º, inciso III (o qual veda a tortura e tratamento desumano ou degradante). Diz respeito à proteção do corpo humano, no qual a vida se realiza¹⁸.

Já o direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”¹⁹. Alude à garantia de que goza o indivíduo a não ter seu processo vital interrompido, exceto pela própria morte²⁰.

Por fim, o direito à saúde consta do artigo 196 da Lei Maior. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal ao mencionar que “o direito à saúde (...) representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”²¹.

Superado o momento de conceituação e outras especificidades da garantia em testilha, importa, a essa altura, tecer breves comentários sobre a relação entre vida e dignidade da pessoa humana. Aludido princípio interliga-se à questão do conteúdo essencial dos direitos

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 213.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 257.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 259.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 201.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 200.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 200.

²¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

fundamentais porque figura como fundamento do Estado democrático de direito²², tratando-se de valor supremo do ordenamento jurídico²³.

Ainda a respeito da dignidade da pessoa humana, asseveram Souza Neto e Sarmento que tal princípio humana obriga o aplicador da Lei Maior a enxergar o indivíduo em sua concretude, a qual abriga “complexidades, carências e fragilidades” de tal ser²⁴.

Referidos autores aludem, ainda, a um julgado da Corte Constitucional alemã de 1977, o qual aborda a dignidade da pessoa humana em sua base conceitual antropológica, a qual tem por supedâneo

“uma concepção de homem como ser moral-espiritual dotado de liberdade de autodeterminação e desenvolvimento. A liberdade, no sentido da Lei Fundamental, não é a de um indivíduo isolado e autocentrado, mas, pelo contrário, de uma pessoa com relações e vínculos com a comunidade.”²⁵

Para Mendes e Branco, o conceito de existência *digna* está atrelado a uma designação qualificada e mais ampla do direito à vida, abarcando garantias que, em sua maioria, são tratadas de modo autônomo pelo constituinte, tais como alimentação, vestuário e educação²⁶.

Não se pode olvidar que o direito à vida digna passa, também, por questões que não estão explícitas no texto da Lei Maior, e que até se afastam daquilo que costuma ser tratado no específico campo do Direito. A referência, aqui, é específica: não se pode falar em vida verdadeiramente *digna* sem que ao indivíduo seja facultada tanto a busca pelo desenvolvimento da própria personalidade, quanto o pautar-se pelo conjunto de valores, preferências e ideais que lhe aprouver. Quando o assunto gira em torno das liberdades de crença e consciência, é inevitável que, diante de um conflito entre tais autonomias e o direito à vida, se pense por esse viés: afinal, qual é o sentido da existência das nominadas liberdades se o Estado se põe, de modo absolutamente paternalista, a *obrigar* o sujeito a viver, ainda que contra os preceitos pelos quais escolheu orientar sua existência?

²² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 235-236.

²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 240.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 238/239.

²⁵ Caso da “Prisão Perpétua”, 45 BVerfGE 187 (1977) **apud** SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 200.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261.

O recorte a se fazer neste ponto da presente monografia se trata, talvez, de uma questão muito mais metafísica do que aquela pela qual se orienta o Direito e sua concepção de vida enquanto existência do ser humano. A reflexão que se busca incitar nesse instante é, noutras palavras, aquela que diz respeito aos reais motivos para que haja tanta resistência em se discutir qualquer assunto, no âmbito jurídico, que envolva conflitos ocorridos entre vida e outra garantia. Parece-nos que a mera manutenção da realidade biológica, sem que se considere o homem em seu todo, em seus anseios, e em sua personalidade, atenta contra o princípio da dignidade humana, tido como estofo para os direitos fundamentais encartados na legislação vigente.

Remonta-se, aqui, ao conceito de vida apresentado no início da presente exposição, o qual não diz respeito apenas à existência física do sujeito. Nesse passo, de se dizer que cabe ao Estado não a orientação do ser humano rumo a um caminho que ele, ou determinada maioria social, considere mais correto, mas sim criar plenas condições para que cada pessoa realize as próprias escolhas e se oriente de acordo com elas, desde que tais planos – frise-se - não interfiram em direitos de terceiros²⁷.

Neste momento, cumpre lembrar que apesar de sua capital e indiscutível relevância, não é a vida direito absoluto: afinal, a pena de morte é permitida em caso excepcional de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal de 1988), e o STF julgou constitucional a pesquisa com células-tronco diante da provocação realizada pela PGR na ADIn 3.510/DF, a qual questionava a constitucionalidade da lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e eventual violação do direito à vida dela decorrente. Além disso, o Código Penal pátrio admite como lícita a prática de homicídio motivado por alguma das situações a que alude o artigo 23 do referido *codex*, bem como menciona, em seu 128º artigo, cenários em que o aborto não é considerado criminoso.

Não se trata a vida, também, de direito terminantemente indisponível – afinal, o contrário disso estaria a ferir outros bens assegurados pela Carta Magna nacional²⁸. Não há, assim, que se estabelecer que tal valor tem primazia, *a priori*, sobre qualquer outro, cabendo

²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 239.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Parecer. Rio de Janeiro: 2010, p. 22. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 3 set. 2015.

ao julgador, no caso concreto, proceder à devida ponderação dos direitos em colisão, à luz da própria Constituição²⁹.

Feitas tal considerações, resta claro que no que toca à discussão acerca do antagonismo que surge em dadas situações, envolvendo o direito à vida e outra garantia constitucional, filiamo-nos à posição que considera imprescindível que o debate perpassasse os limites da sacralidade da prerrogativa relativa à existência, a fim de que considere a complexidade do ser humano em meio a tal conflito. Deve-se trazer à baila, sempre que possível, deferência à autonomia de que tal sujeito goza e que lhe possibilita o livre desenvolvimento de sua personalidade, a qual se exterioriza de maneiras que, muitas vezes, desafiam a lógica aceita como normal por dada maioria.

Em que pese a prevalência de tal entendimento, é evidente que nem mesmo a liberdade conferida a todos a fim de que definam os valores que terão maior peso ao longo de suas trajetórias é ilimitado – tal qual também não o é, conforme mencionado anteriormente, o direito à vida. Referida autonomia encontra limite intransponível quando a sobrevivência em questão diz respeito a terceiro, o qual, por qualquer motivo, se encontra impossibilitado de exprimir sua vontade, fazendo-se representar por pessoas que, com respaldo em questões que dizem respeito às suas próprias consciências e crenças, alegam não desejarem que o indivíduo sob sua responsabilidade seja submetido a determinada conduta clínica.

A prerrogativa de que goza outrem a continuar existindo apesar do exercício das liberdades de crença e consciência por parte de seus representantes é o preciso objeto desta pesquisa, sendo tais autonomias a base para a digressão teórica que se segue.

1.2 Das liberdades de crença e de consciência

As liberdades de crença e de consciência estão elencadas no artigo 5º, incisos VI a VIII da Constituição Federal de 1988.

Para Leonardo Martins, o binômio constituído por tais autonomias não deve ser entendido como mera consequência da liberdade de pensamento, uma vez que o constituinte o trouxe como expressão “intimamente ligada à autoconcepção do titular do direito, ao seu

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová:** dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. Parecer. Rio de Janeiro: 2010, p. 22. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 3 set. 2015.

mundo interno (*forum internum*), e não às vicissitudes do embate ideológico adequável aos mais diversos interesses subjetivos ou políticos, próprios da liberdade de expressão”³⁰.

Consciência, para Gimenes, “resulta das concepções de bem e mal, de deveres e obrigações; através dela, os seres humanos determinam as suas ações e fazem uso da sua liberdade”³¹. Essa acepção será de grande importância para o desenvolvimento desta monografia, uma vez que correlaciona o exercício das autonomias constitucionais aos valores intrínsecos à personalidade e às experiências de cada indivíduo, os quais o tornam único. Não há como dissociar o efetivo agir dentro das liberdades asseguradas pela Carta Magna sem que isso seja impulsionado pela moral e pelos valores do sujeito – assim como “não há movimento sem uma força propulsora que o enseje”³².

A liberdade de consciência tutela a autodeterminação ético-existencial, que diz respeito tanto à autonomia para formar as próprias convicções (o retromencionado *forum internum*), quanto ao que se relaciona ao agir – comissiva ou omissivamente – segundo tais valores³³.

Jayme Weingartner Neto conceitua a referida liberdade como a

“autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos existenciais, seja da própria conduta ou da conduta alheia – na total liberdade de autopercepção -, seja em nível racional, mítico simbólico e até de mistério.”³⁴

Canotilho e Moreira mencionam que a liberdade de consciência, de caráter individual que é, não suporta limites a ela intrínsecos, exigindo cuidados quanto à imposição de restrições, as quais, por sua vez, devem deixar aberta uma alternativa materialmente compatível com o direito fundamental em questão³⁵.

Segundo Weingartner Neto, a liberdade religiosa, por sua vez, engloba a autonomia de professar, ou não, determinado credo, e se desdobra nas liberdades de *crença*, de expressão, de informação, de culto e no direito à assistência religiosa, bem como em

³⁰ MARTINS, Leonardo. **Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, ano 2, n. 5. Belo Horizonte: jan./mar. 2008, p. 27.

³¹ GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia. 2005, p. 30.

³² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 19.

³³ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

³⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 267.

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v.1. Coimbra: Coimbra editora, 2007., p. 610.

direitos fundamentais tais como o de reunião e privacidade, “com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta”³⁶.

Weingartner Neto ensina-nos, ainda, que a liberdade de crença inclui as autonomias de atuação segundo o próprio credo – “a confluir no consagrado direito à objeção de consciência por motivo religioso” e direito ao proselitismo, que diz respeito à difusão da fé, pré-requisito para a mudança de convicções religiosas³⁷.

Para Heringer Júnior, ainda que preenchidas as respectivas condições de aplicabilidade de certas normas, é possível que não possam ser impostas, excepcionalmente, a indivíduos que as rejeitam, por motivos que tocam às suas convicções morais, a fim de que se evite conflitos de consciência³⁸. Assim é que o reconhecimento do direito fundamental à liberdade de consciência pode se tornar um contraponto à coatividade do Direito³⁹, de modo a permitir a coexistência entre o ordenamento jurídico em vigência e o instituto da objeção de consciência, sobre o qual se tratará a seguir.

1.3 Objeção de consciência: conceito

Em sua clássica obra “Uma Teoria de Justiça”, John Rawls dedica um tópico à abordagem do instituto em tela, o qual é por ele definido como “a desobediência a uma injunção legal ou a uma ordem administrativa mais ou menos direta”⁴⁰, podendo fundamentar-se em princípios políticos, religiosos, “ou de outra natureza que divergem da ordem constitucional”⁴¹. Tal visão, assim, inclui a possibilidade de recusar-se a obedecer uma lei por considerar-se que é abusiva ou extremamente injusta: é a chamada objeção de consciência por motivos políticos.

Para Alberto Ricardo Dalla Via, o conceito mais completo de escusa de consciência é o que se segue:

“[la objeción de conciencia es] la actitud de quien rechaza um precepto, a cuya observancia el sujeto está llamado em cuanto súbdito del ordenamiento

³⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 267.

³⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 270.

³⁸ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

³⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 26.

⁴⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 408.

⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 409.

del que dicho precepto forma parte. Tal rechazo debe encontrar su causa psicológica em motivos de conciencia, es decir, en una norma, de contenido opuesto al mandato no observado, que recaba, originariamente o derivadamente, su propia fuerza psicológica de un proceso de interiorización em la conciencia del objetor.”⁴²

Segundo tal autor, portanto, a objeção de consciência exige um não fazer diante de uma obrigação constante da ordem jurídica de determinado Estado, omissão essa que encontra respaldo em motivos psicológicos. Complementa o conceito retroexposto com aquele apresentado por Venditi, que define a escusa de consciência como “la actitud de aquel que rehúsa obedecer um mandato de la autoridad, un imperativo jurídico, invocando la existencia, em el fuero de conciencia, de um dictamen que impide tener el comportamiento prescrito”⁴³.

Mendes e Branco compreendem o instituto da objeção de consciência como a “recusa em realizar um comportamento prescrito por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao dever geral, sofreria grave tormento moral”⁴⁴. A submissão à norma deve ser apta a ensejar “insuportável violência psicológica”, contradizendo algo irrenunciável para o sujeito, seja por motivos de ordem religiosa, moral ou ideológica⁴⁵.

Corroborando tal posicionamento, Bruno Heringer Júnior menciona o caráter individual de recusa ao cumprimento de determinado mandado e a utilização de meios não violentos como características da objeção de consciência, a qual tem como respaldo “concepções éticas, filosóficas, políticas, entre outras, desde que se constitua em uma situação de grave conflito interno [...], que envolva convicções capazes de afetar a própria personalidade do agente”⁴⁶. Assim sendo, para o referido autor a aludida escusa pode ser conceituada como

“o comportamento, geralmente individual e não violento, de rechaço, por motivo de consciência, ao cumprimento de dever legal, no marco das configurações de mundo constitucionalmente possíveis, com intenção de alcançar isenção pessoal, a qual pode, ou não, vir a ser reconhecida pela

⁴² DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La conciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998, p. 63.

⁴³ DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La conciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998, p. 63.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 312.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 312/313.

⁴⁶ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42.

ordem jurídica, mediante a compatibilização das normas jurídicas em conflito.”⁴⁷

Em obra diversa da precitada, Heringer Júnior nos ensina que as regras, as quais prescrevem, de modo imediato, o dever ser, não podem ser aplicadas quando há razões excepcionais que superem os motivos pelos quais deveriam ser postas em prática – a exemplo do que ocorre quando um indivíduo rejeita obedecer a essa prescrição a todos imposta em nome de suas convicções morais⁴⁸. Isso porque “ao tratar a pessoa humana como fim, e não como meio, como sujeito, e não como objeto, o Estado Democrático de Direito busca proteger não apenas a sua vida corpórea, mas também favorecer a busca pela própria felicidade”⁴⁹. Isso se traduz, para o autor, como a relação íntima que mantém o direito à liberdade de consciência com o valor constitucional atinente à dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁵⁰.

Nota-se, portanto, que todos os conceitos apresentados têm em comum a nota característica de uma desobediência motivada por motivos de foro extremamente íntimo, os quais são indissociáveis do indivíduo porquanto constituem sua própria índole.

Conforme mencionado no tópico anterior, não há como dissociar o agir, dentro das liberdades constitucionalmente asseguradas, da moral e dos valores carreados na psique de cada indivíduo. Tais convicções impulsionam as ações do sujeito, determinando o sentido de suas escolhas. Tem-se aqui um aspecto que obriga o operador do Direito a pensar no destinatário do direito de modo holístico, inteiro, a fim de que estabeleça limites razoáveis às autonomias fundamentais de modo a tão somente possibilitar o convívio em sociedade e a impedir que as liberdades sejam utilizadas de maneira a atingir de modo maléfico direito de terceiro.

Para Atalá Correia, a escusa de consciência se destaca quando que da tentativa de harmonização dos valores dos diversos grupos que compõem a chamada sociedade plural⁵¹. No mesmo sentido, alude Salo de Carvalho:

⁴⁷ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

⁴⁸ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A liberdade de consciência na constituição de 1988. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

⁴⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A liberdade de consciência na constituição de 1988. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

⁵⁰ HERINGER JÚNIOR, Bruno. A liberdade de consciência na constituição de 1988. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

⁵¹ CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 78, n. 1, p. 17-45, jan./mar. 2012, p. 26.

“O respeito à diversidade significa que a democracia não pode ser identificada com a ditadura da maioria sobre as minorias; deve comportar o direito das minorias e dos contestadores à existência e à expressão, e deve permitir a expressão das ideias heréticas e desviantes”⁵².

Aduz Antônio Damasceno Correia que “o exercício do direito à objecção permite averiguar o grau de liberdade de que gozam os cidadãos pertencentes a determinada comunidade política e, paralelamente, a medida de intervenção do Estado no domínio privado dos cidadãos”⁵³. Sabendo-se que a escusa de consciência é corolário das liberdades fundamentais de crença e de pensamento, as quais são expressas na Constituição Federal de 1988, fica fácil compreender que a concessão desse direito é termômetro apto a aferir a maneira como as autonomias fundamentais podem ser exercidas pelos grupos de indivíduos que se orientam por dadas regras que, em alguns momentos, se chocam com as imposições de agires da maioria da sociedade brasileira.

Em sentido similar é a lição de Heringer Júnior, ao mencionar que é através das manifestações que divirjam da ordem vigente que dado Estado pode demonstrar seu caráter liberal, facilitando-as, ainda que correndo riscos⁵⁴.

Canotilho e Moreira ensinam-nos que o indivíduo assim se comporta com relação à liberdade de consciência:

“A liberdade de consciência abrange, desde logo, a liberdade de formação das próprias convicções (*forum internum*). Esta liberdade assume particular relevo nos regimes totalitários, e ganha dimensões práticas nos casos de agressão à instância eticamente intrínseca da pessoa (doutrinação estatal, lavagens de cérebro, hipnoses, narcoanálises). Em segundo lugar, a liberdade de consciência engloba no seu âmbito normativo a exteriorização da decisão de consciência (*forum externum*), através de modos de expressão orais, escritos ou artísticos. Em terceiro lugar, a liberdade de consciência compreende a liberdade de agir (por acção ou omissão) segundo a consciência, embora aqui se coloquem relevantes questões sobre os limites e a recognoscibilidade do agir segundo a consciência.”⁵⁵

Nota-se que o exercício atinente à objecção de consciência situa-se na terceira possibilidade, a qual cuida do direito que tem o sujeito de agir conforme os ditames de seu entendimento. Impende repisar que não se trata de direito invocado somente por questões religiosas, embora os casos mais conhecidos assim se iniciem. Diferentemente, “a

⁵² CARVALHO, Salo de (Org.). Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 11.

⁵³ CORREIA, Antônio Damasceno. **O direito à objecção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p.13.

⁵⁴ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56.

⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v.1. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 609.

fundamentação da objeção de consciência encontra respaldo em razões de ordem religiosa, filosófica e moral, nas esteiras de ordem humanitária, política, social, ética e fenômenos afins”⁵⁶.

Em seu capítulo atinente às liberdades, Silva menciona a diferença entre liberdades subjetiva e objetiva. A primeira é aquela que diz respeito à manifestação da vontade dentro do próprio sujeito. A última diz respeito ao externar dessa manifestação, ao determinar-se pela escolha realizada com base no livre-arbítrio interno⁵⁷.

A escusa de consciência, embora só seja possível em uma sociedade que prescreva liberdades tais como a de crença e de pensamento, parece extrapolar a mera exteriorização de uma *escolha* interna, uma vez que para o objetor não existe outra alternativa senão orientar-se por aquele caminho, ainda que se negando a atuar em conformidade a um comando normativo, ou o que o valha, sob pena de passar a sofrer intenso sofrimento de ordem moral. Nas palavras de Mendes e Branco, “a conduta determinada contradiz algo irrenunciável para o indivíduo”⁵⁸, sendo que o reconhecimento de tal instituto “não abre ao sujeito a alternativa igualmente válida de agir ou não agir. [...] Se a objeção fosse um direito de igual natureza ao da obrigação a que ela se opõe, estaria a estatuir uma faculdade de agir, um novo espaço de liberdade – o que não acontece”⁵⁹.

O direito à objeção de consciência é projeção direta da capacidade que tem um Estado de ministrar meios que viabilizem a tolerância entre os mais diversos grupos que compõem dada sociedade. Não é dever do Judiciário, ou do Estado como um todo, apontar a correção, ou não, de determinado credo, e das atitudes que dele provenham – desde que, enfatize-se, haja responsabilidade para com os diversos direitos alheios em tais empreitadas. Cabe aos poderes públicos a criação de um contexto de equilíbrio entre o exercício das liberdades constitucionais, a coexistência e o bom convívio entre as mais variadas formas de pensar e agir.

Isso porque a força que existe em certas crenças é muito maior do que o medo que se poderia impingir a um indivíduo pela força da lei e das sanções dela decorrentes. Dessa forma, é esperado que uma pessoa, ao tentar escusar-se de obrigação a todos imposta, se

⁵⁶ CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p. 18.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 231-232.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313-314.

coagida a agir de forma diversa, passe a viver em contrariedade ao que prega o princípio da dignidade humana, já que é compelida a resignar-se a valores que não são aqueles carregados no âmago de seu ser. Isso só poderia ser justificado em situações excepcionais, dentre as quais se destaca o fato de que o homem não pode utilizar-se de suas convicções morais, religiosas ou filosóficas a fim de atingir, irremediavelmente ou não, direito de terceiro.

A objeção de consciência é, portanto, uma prerrogativa que deve ser discutida e assegurada àqueles que a invoquem, sempre que possível – e é justamente a partir da racional dialética a seu respeito que se deve estabelecer, também, limites a tal direito. Na presente monografia, procurar-se-á demonstrar o aparato teórico, calcado na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que justifica uma dessas barreiras: o direito de terceiro quando outrem, na posição de representante legal, deseja que tal pessoa não se submeta a dado tratamento médico, por motivos de consciência e (ou) de crença.

1.3.1 A objeção de consciência na Constituição Federal de 1988

Para Weingartner Neto, enquanto o inciso VI do artigo 5º da CF/88 consagra genericamente o direito à liberdade de consciência, é no inciso VIII que o direito à objeção de consciência aparece⁶⁰.

Heringer Júnior aponta a carência – tanto doutrinária quanto jurisprudencial - de tratamento acerca da matéria em âmbito nacional⁶¹, fator esse que foi particularmente sentido no decorrer do desenvolvimento da presente monografia.

Mendes e Branco ensinam que o artigo 143 da Constituição cuida da objeção de consciência no que toca à prestação do serviço militar – sendo essa a forma de reconhecimento mais tradicional de tal instituto. O aludido dispositivo legal assim reza:

“Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.”⁶²

⁶⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 266.

⁶¹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.

Entretanto, ainda segundo os precitados autores, há outras situações que podem suscitar o problema, abarcadas de forma genérica pelo artigo 5º, inciso VIII da Carta Magna brasileira⁶³, o qual assim dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”⁶⁴

O que se depreende do inciso em tela é que o objetor deve sofrer sanções acaso se recuse a cumprir a obrigação a todos imposta e a prestação alternativa *prevista em lei* – o que consistiria em um problema para a exequibilidade de quase toda forma de escusa de consciência, uma vez que sequer o instituto em si encontra amparo em norma infraconstitucional⁶⁵, à exceção da objeção de consciência militar, conforme será registrado adiante. Para Mendes e Branco, essa ausência não constitui óbice à viabilidade da objeção de consciência, uma vez que, direito fundamental que é, deve ser presumido como que de aplicabilidade imediata⁶⁶.

1.3.2 Tratamento doutrinário: a objeção de consciência como direito fundamental

Sob a ótica de Paulo Bonavides, mencionando Carl Schmitt, direitos fundamentais são, do ponto de vista formal, aqueles especificados como tais no instrumento constitucional, e que dele receberam “um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança dificultada (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”⁶⁷.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

⁶⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 set 2014.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

⁶⁷ SCHMITT, Carl. “Verfassungslehre” **apud** BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

Do ponto de vista material, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos, uma vez que dependem dos valores e princípios consagrados pela Magna Carta, variando conforme a ideologias próprias do referido ente soberano⁶⁸. A esse respeito, Mendes e Branco aduzem que, materialmente, direitos fundamentais “são pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”⁶⁹.

Para Weingartner Neto, o direito à escusa de consciência nasce da concretização da liberdade de consciência, a qual, por sua vez, protege “convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, sociais, ideológicas, filosóficas, científicas, etc.”⁷⁰, sendo, assim, alçado ao *status* de direito fundamental.

Bonavides menciona que, de acordo com a classificação de Jellinek, as liberdades são tidas como direitos fundamentais de primeira geração – isso é, são oponíveis ao Estado, constituindo-se em “faculdades ou atributos” do indivíduo, sendo a subjetividade sua maior característica⁷¹. São, ainda, tidos como direitos de *status negativus*, impondo-se ao Estado um dever de abstenção perante o indivíduo considerado em si mesmo⁷².

Apesar disso, a fim de concretizar a possibilidade de pleno exercício das autonomias constitucionais, cabe ao Estado, em determinadas situações, uma postura comissiva, e não de abstenção. É o que se espera que ocorra quando dados grupos levam ao Judiciário questões atinentes à possibilidade do não fazer motivado por questões de consciência: a fim de que a escusa seja possível sem que o objetor venha a sofrer eventuais sanções previstas em lei (conforme seja o caso), torna-se necessário um agir (*facere*) por parte do Estado-juiz. Assim, viabiliza-se o exercício às liberdades de crença e de consciência através não do abster-se estatal: é exatamente o fazer que permite que tais autonomias saiam do papel e venham a fazer parte da realidade dos grupos que demandam tutelas específicas a fim de fazer valer, de fato, os direitos fundamentais a todos assegurados.

Referida postura, no que toca à liberdade religiosa, é corroborada por André Ramos Tavares, o qual leciona que o Estado deve garantir um espaço permanente de

⁶⁸ SCHMITT, Carl. “Verfassungslehre” **apud** BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

⁷⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 269.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563-564.

⁷² SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais: pluralismo, democracia e o direito de ser diferente. **Revista de Direito Público**, n. 35. Brasília: set/out 2010, p. 70.

desenvolvimento de todas as confissões, tratando-se, assim, de uma dimensão positiva relacionada a tal autonomia⁷³.

A respaldar a problemática da dualidade entre *status positivus* e *status negativus* no que tange ao agir estatal diante de situações práticas envolvendo liberdades constitucionais, está a crítica feita por George Marmelstein: não se pode pretender que um direito seja percebido, de forma estanque, dentro de uma determinada dimensão ou geração, sendo ideal que a compreensão de tais garantias se dê em múltiplas perspectivas, já que fazem parte de uma mesma realidade dinâmica⁷⁴. Conforme será estudado no capítulo seguinte, é esperado do Estado, graças à dimensão jurídico-objetiva das normas fundamentais, que aja, sempre que possível, para a realização dos mencionados direitos⁷⁵.

Nesse passo, registre-se que a denominada quarta dimensão de direitos fundamentais trata especificamente de consubstanciar os direitos de grupos minoritários e tornar factível a coexistência plural de indivíduos com valores e morais distintos. Diz respeito à efetivação da democracia, no sentido de permitir a tolerância entre os diferentes e aos caminhos que permitem que a sociedade seja aberta à diversidade e menos positivista, atenta ao fato em suas mais dessemelhantes projeções na comunidade⁷⁶.

Sabendo-se que a objeção de consciência decorre diretamente de liberdades constitucionalmente asseguradas, é possível afirmar-se que tal instituto se transmuda em uma *faculdade* do sujeito do direito que integra uma comunidade plural, na qual o indivíduo é livre para determinar suas ações de acordo com suas convicções, mesmo que elas não correspondam aos ditames da maioria. Como tal, deve a referida escusa ser acatada pelo Estado, a fim de que se concretize a possibilidade de convivência entre os diversos grupos que integram nossa sociedade, observados, evidentemente, determinados limites.

Impende mencionar, a essa altura que embora o inciso VIII do artigo 5º abra a possibilidade da escusa de consciência, desde que cumprida prestação alternativa fixada em lei, fato é que nem sempre tal condição existe no ordenamento jurídico vigente, conforme enfatizado no subtópico anterior.

⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 489.

⁷⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

⁷⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁷⁶ SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais: pluralismo, democracia e o direito de ser diferente. **Revista de Direito Público**, n. 35. Brasília: set/out 2010, p. 76 e 78.

Acontece que “a dinâmica social, geralmente, é mais célere que a jurídica, produzindo inúmeras situações de conflito de consciência decorrentes de deveres legais sem a correspondente via neutra de cumprimento”⁷⁷. Assim, surge a discussão acerca da aplicabilidade do direito à escusa de consciência quando inexistente a prestação alternativa a que alude o mencionado inciso VIII.

Para José Afonso da Silva, a escusa de consciência é direito de eficácia contida, só vindo a se concretizar por meio de lei que fixe a prestação alternativa⁷⁸. É possível que tal posicionamento derive do fato de ter tal autor feito menção à objeção de consciência *militar* como centro de suas atenções no tópico dedicado a isto em sua obra, sendo que esse desdobramento da escusa de consciência encontra, de fato, em lei⁷⁹, o estabelecimento de serviço alternativo.

Por outro lado, conforme anteriormente registrado, Mendes e Branco⁸⁰ aludem que o instituto da objeção de consciência tem aplicabilidade imediata, já que se trata de direito fundamental - posição esta que melhor se coaduna ao entendimento até aqui defendido, qual seja, a de respeito ao instituto em comento, observados determinados limites.

Entendida a objeção de consciência como direito fundamental de aplicabilidade imediata, e uma vez que os conflitos concretos a serem analisados ao final da presente monografia envolvem referida escusa amparada na expressão da liberdade religiosa, passa-se a analisar o papel do Estado laico na viabilização de tal instituto, bem como na imposição de limites no que tange à proteção de direitos de terceiros que possam vir a sofrer as consequências diretas da escusa clamada por outrem.

1.4 Do Estado laico e da necessidade de proteção contra a “tirania da maioria”

Rodrigo Scalquette menciona que Estado laico, ou secular, é aquele que se posiciona de modo neutro com relação à religião, não apoiando um ou outro segmento específico, garantindo e protegendo o direito à liberdade religiosa conferido a cada

⁷⁷ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 31.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 242.

⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.239 de 4 de outubro de 1991**. Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8239.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

indivíduo⁸¹. A necessidade de se ter um Estado não confessional surgiu com o “constitucionalismo liberal e representa, justamente, a superação dos modelos de união político-religiosa”⁸², tendo a secularização ocorrido de modo gradual a partir do século XV, objetivando “expurgar da esfera civil o domínio da religião, sobretudo da Igreja Católica”⁸³.

Por outro lado, Estado confessional é aquele no qual predomina um conjunto de valores oriundos de um credo específico, o qual orienta inclusive seus atos de governo, tratando-se, assim, de um país que adota determinada religião⁸⁴ - a exemplo do que ocorria no Brasil durante a vigência da Constituição do Império (Constituição de 1824), a qual expressamente previa a religião católica como a oficial do país.

Acerca da laicidade estatal, leciona Scalquette que “o fato de o Estado se declarar laico não significa que há repúdio a qualquer tipo de credo ou religião, muito pelo contrário: há uma relação de cooperação entre ambos, sendo respeitados a liberdade e o pluralismo religioso de seus componentes”⁸⁵.

Tal autor, ademais, menciona que o Estado laico não privilegia nenhuma religião específica, bem como não demonstra contrariedade relativa a qualquer credo, buscando manter uma relação que esteja de acordo com as especificidades de cada crença⁸⁶.

Oportuno mencionar que André Ramos Tavares faz, em sua obra, distinção entre laicidade (isenção nas relações entre Estado e Igreja) e laicismo, atribuindo ao último “um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé. Baseado, historicamente, no racionalismo e cientificismo, é hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas.”⁸⁷

Via de regra, o Estado brasileiro se mantém indiferente à religião, embora ratifique certas regras sagradas, por representarem uma possibilidade aceitável de vida em sociedade. O cerne do Estado laico (ou não confessional) diz respeito à sua não ingerência em

⁸¹ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120.

⁸² WEINGARTNER NETO, Jayme. Anotações relativas ao art. 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 707.

⁸³ CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 305.

⁸⁴ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120.

⁸⁵ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013, p. 123.

⁸⁶ SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 632.

questões de fé individual, ou em assuntos internos de dada instituição religiosa. Apesar disso, deve tal Estado ser, também, democrático, o que só é possível em um cenário em que a aversão religiosa dê lugar a uma dialética que permita que sejam encontradas soluções razoáveis para os inúmeros conflitos que exsurtem da própria multiplicidade de pensamentos ínsita ao conceito de pluralismo⁸⁸.

Para Weingartner Neto, a liberdade religiosa insere-se em duas dimensões: direito subjetivo e vetor objetivo. O direito subjetivo, por um lado, comporta “os direitos subjetivos individuais e os direitos subjetivos das pessoas jurídicas”⁸⁹. Por seu turno, o vetor objetivo espalha-se em três vertentes: “princípios, deveres de proteção e garantias institucionais”⁹⁰. O chamado *princípio da não confessionalidade* ou *da separação das confissões religiosas do Estado* é ínsita ao vetor objetivo, conforme se depreende do artigo 19, inciso I, da Carta Magna nacional⁹¹. Dessa forma, apresenta-se a liberdade religiosa como negativa, embora exija, em determinados momentos, respostas prestacionais do Estado⁹², cabendo-lhe, inclusive, garantir por meio da lei penal, o livre exercício dos direitos subjetivos de liberdade religiosa⁹³.

Estado laico não é Estado que não se comunica, de forma alguma, com religião. Fosse assim, qual seria o sentido de ter-se, no Brasil, inúmeros feriados religiosos, bem como a possibilidade de conferir efeitos cíveis sobre o casamento religioso? A esse respeito, Mendes e Branco asseveram que “o dever de neutralidade do Estado não se confunde com a ideia de indiferença estatal”⁹⁴. Por isso, “deve o Estado, em alguns casos, adotar comportamentos positivos, com a finalidade de afastar barreiras e sobrecargas que possam impedir ou dificultar determinadas opções em matéria de fé”⁹⁵.

⁸⁸ CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 78, n. 1, p. 17-45, jan./mar. 2012, p. 19, 21 e 22.

⁸⁹ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 267.

⁹⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 267.

⁹¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

⁹² WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

⁹³ WEINGARTNER NETO, Jayme. Anotações relativas ao art. 19, inciso I, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, J.J. et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 708.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 317.

No mesmo sentido leciona André Ramos Tavares, para quem a liberdade de religião comporta uma dimensão positiva, “pois o Estado deve assegurar a permanência de um espaço para o desenvolvimento adequado de todas as confissões religiosas”⁹⁶, cumprindo-lhe prover condições estruturais a fim de que se tenha o desenvolvimento pluralístico das convicções pessoais do indivíduo⁹⁷.

A esse respeito, aduz Carla Pinheiro que “os Direitos do Homem não se exaurem naqueles expressamente descritos pelas Cartas Magnas, mas são criados de acordo com a evolução e as necessidades sociais”⁹⁸. Dessarte, percebe-se que não compete ao legislador, ou ao aplicador da lei, se afastar dos grupos religiosos minoritários, mas sim estarem, ambos, atentos às suas demandas, a fim de que a pluralidade de que trata a Constituição Federal seja efetivamente respeitada.

Se existem ingredientes aptos a justificarem uma postura de tratamento considerado não igualitário, dispensado a determinados grupos de indivíduos por parte do Estado, estar-se-ia, ainda assim, a respeitar a igualdade e a neutralidade ínsitas à laicidade, “pois o Estado não pode conferir tratamento meramente uniforme se outros elementos aconselham ou impõem a distinção pontual”⁹⁹ – inclusive porque neutralidade estatal não se confunde com “a exigência de tratamento matematicamente idêntico entre confissões religiosas”¹⁰⁰, nem diz respeito à hostilização do fenômeno religioso – o que feriria “o próprio livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo”¹⁰¹.

Não é outro, diga-se, o consagrado conceito relativo ao princípio da igualdade, o qual aduz que os iguais devem ser tratados de modo igualitário, e os desiguais, de modo desigual, na medida de suas desigualdades. Se há valores que não estejam em conflito com o próprio texto constitucional, é possível promover a desigualdade entre determinados grupos sem que seja ferido o retromencionado valor¹⁰².

Não se trata aqui, evidentemente, de conceder *privilégios* a dados grupos – tais são providos de maneira arbitrária, sem motivação sustentável, enquanto o tratamento especial a que se aludiu acima tem por objetivo a promoção de um direito fundamental, e se relaciona

⁹⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 489.

⁹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 489.

⁹⁸ PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57.

⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 634.

¹⁰⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 634.

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 635.

¹⁰² HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

a determinadas circunstâncias fáticas especiais, que se coadunam com o sistema constitucional vigente¹⁰³.

Por fim, impende mencionar que é papel do Direito “abrir campo para o diálogo em busca de soluções socialmente viáveis e racionalmente plausíveis”, no que toca a valores de grupos majoritários e minoritários, inclusive religiosos¹⁰⁴ - o que certamente não se dará se o aplicador da lei simplesmente invocar a laicidade do Estado sempre que o fulcro da problemática envolver a fé alheia, a fim de negar provimento a tais demandas.

A questão teórica da postura que se espera que os poderes públicos adotem ante a laicidade estatal, a qual se procurou abordar até aqui, se trata da situação ideal, trazida por aqueles que buscam estudar o tema. O que se percebe, no entanto, ao se analisar o tratamento dispensado à objeção de consciência no Brasil, é uma tendência a se clamar pelo princípio do Estado Laico a fim de defender-se a necessidade de os poderes públicos simplesmente não intervirem em questões que versem sobre religião – ou, ainda, para que se imponha a dados grupos que vivam de acordo com aquilo que julga o Estado ser melhor para o sujeito, retirando-lhe a autonomia.

Exemplo do aludido trato é o seguinte trecho da manifestação da Procuradoria Geral do estado de São Paulo acerca da lei estadual nº 12.142/05, que procurava assegurar o direito à Guarda Sabática a indivíduos que viessem a realizar processos seletivos diversos:

“Acresce considerar, a par das rematadas inconstitucionalidades apontadas que, sendo o Brasil um Estado laico, nenhum sentido haveria, no contexto da liberdade religiosa, a imposição de regras ao Poder Público e às instituições de ensino, em favor de diversos segmentos religiosos, como pretendeu o parlamento gaúcho, no precedente invocado [ADI nº 2.806-5/RS], ou, em maior grau nesse caso, voltada que está a lei paulista em prol exclusivo dos que têm por orientação de seu culto a guarda do dia de sábado.”¹⁰⁵

Com embasamento, à certa altura, também na laicidade estatal, assim decidiu o Desembargador Alberto Vilas Boas situação que envolvia escusa de consciência por parte de indivíduo que professava a religião Testemunhas de Jeová, impondo-lhe que se submetesse à transfusão de sangue rechaçada por adeptos de tal crença:

¹⁰³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 635.

¹⁰⁴ CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 78, n. 1, jan./mar. 2012, p. 19/20.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer em Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3714: parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. *Amicus curiae*: Procurador Newton Jorge. Brasília, 16 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpweb/paginador.jsp?docTP=TP&docID=390896>>. Acesso em: 4 ago 2014, p. 8.

“O SR. DES. ALBERTO VILAS BOAS: Agravo de Instrumento nº. 1.0701.07.191519-6/001. Comarca de Uberaba - 4ª Vara Cível. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. DECISÃO - I - Agravo de Instrumento interposto por Alan Laico Cardoso dos Santos objetivando a reforma de decisão interlocutória oriunda do juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Uberaba que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais concedeu a antecipação de tutela. Decido. Concedo ao agravante os benefícios da justiça gratuita nesta instância. Consoante se observa da inicial da ação civil pública, o agravante professa a religião denominada Testemunhas de Jeová, e, por conseguinte, seus membros não compartilham da idéia de receber transfusão sanguínea de espécie alguma. Com efeito, o ora recorrente encontra-se acometido de neoplasia do sistema linfático, e, desde 15 de junho de 2007, estaria internado no Hospital Escola de Uberaba, sob os cuidados da Drª Meire Furlan Rodrigues Calil. A aludida profissional comunicou o caso ao Ministério Público, com o evidente intuito de preservar sua reputação profissional e da instituição a qual se encontra vinculada, além de também gerar a preservação da vida do agravante, na medida em que o tratamento quimioterápico nele aplicado poderá, se necessário, implicar em transfusão de sangue para impedir mal maior. No âmbito da petição recursal, pretende-se suspender o teor da decisão interlocutória que autoriza a instituição médica a "realizar todos os procedimentos médicos e hospitalares disponíveis e necessários, inclusive a transfusão de sangue" . Soa evidente que, para acolher os termos da irresignação do (f. 76) recorrente, é indispensável estabelecer os limites nos quais será feita a ponderação entre o direito à vida, à autodeterminação, a concretização do direito à liberdade de crença e a dignidade humana. É preciso considerar, ainda que em sede de cognição sumária, que a preservação da vida humana é o valor central de toda e qualquer espécie de religião que se professe, e, para tanto, a medicina colabora de forma decisiva na medida em que desenvolve técnicas de elevado apuro para propiciar a cura ou, ao menos, minimizar os efeitos negativos que determinadas moléstias causam ao metabolismo do corpo humano. **Outrossim, é preciso considerar que o Estado é laico; os valores e dogmas inerentes a cada uma das religiões que existem no país não são personalizados pelo Estado brasileiro que somente leva em consideração os vetores estabelecidos no art. 1º, CF, que, de alguma forma, repercutem no rol dos direitos e garantias fundamentais.** Por conseguinte, ao determinar a autoridade judiciária que o agravante, ao submeter-se a tratamento perante o SUS para a eliminação ou retração da neoplasia do sistema linfático, sejam esgotadas todas as opções de tratamento, inclusive a transfusão sanguínea, **nada mais fez do que preservar um valor maior - a vida humana - que não pode ser desprezada.** Esclareço que, na implementação futura da decisão recorrida - uma vez que, pelo documento de f. 167, foi-lhe concedida alta - devem os profissionais da medicina agir no sentido de que, prioritariamente, sejam exauridos todos os meios que estiverem ao alcance da instituição pública que o tratará para evitar a transfusão sanguínea; na hipótese deste procedimento ser a única e decisiva forma de recompor sua resistência biológica em face da necessária agressão causada pela quimioterapia, ficará autorizado o facultativo e a instituição médica a proceder a transfusão. Não há, como se observa, plausibilidade jurídica na argumentação desenvolvida pelo agravante, razão pela qual descabe suspender os efeitos da decisão recorrida. - II - O caso é relevante e necessita de julgamento mais célere, razão pela qual os autos deverão seguir diretamente à Procuradoria-Geral de Justiça

para que o Ministério Público officie de forma definitiva e única sobre a pretensão recursal, especialmente porque a emissão de carta de ordem atrasaria demasiadamente o processamento da causa. [...] Publique-se. Belo Horizonte, 11 de julho de 2007. Des. Alberto Vilas Boas Relator az Belo Horizonte, 11 de julho de 2007. DES. ALBERTO VILAS BOAS - Relator. (TJ-MG 107010719151960011 MG 1.0701.07.191519-6/001(1), Relator: ALBERTO VILAS BOAS, Data de Julgamento: 11/07/2007, Data de Publicação: 13/07/2007).”¹⁰⁶

Nota-se, em tal julgado, uma tendência do nobre julgador a afastar o Estado da esperada postura de agir ante determinadas reivindicações, a fim de que propicie a certos indivíduos a integral possibilidade de agirem de acordo com suas convicções religiosas. Isso não parece se harmonizar ao conceito de laicidade estatal anteriormente apresentado, uma vez que tal decisão parece revelar que o Ente Soberano se comporta de modo a considerar como norteadores de suas decisões os valores da maioria. Desse modo, tende a privilegiar, de certa maneira, o contexto histórico de formação da sociedade brasileira, rico em influências católico-cristãs, de forma a se distanciar dos demais grupos religiosos, permitindo-lhes tão somente que existam, sem, no entanto, considerar suas especificidades e demandas, utilizando-se, para tanto, do escudo da laicidade.

Bruno Heringer Júnior menciona a existência de diversos mundos constitucionalmente possíveis, o que, em tese, não permite (ou não deveria permitir) que convicções morais e políticas da maioria tornem-se obstáculos às manifestações de grupos minoritários¹⁰⁷. Aduz, ainda, que “a democracia deve conservar a pluralidade para conservar-se a si própria”¹⁰⁸.

O direito à liberdade de consciência a todos garantido assume intensa importância ao ser ele o motivo pelo qual não se permite que qualquer grupo, ainda que majoritário, imponha ao outro os próprios ditames do que deve ser moralmente aceito por todos¹⁰⁹. Tal se constitui na chamada tirania da maioria, de que tratava Stuart Mill já nos idos do século XIX, com o respectivo alerta acerca da necessidade de se combater tal tendência:

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. **AgI nº. 1.0701.07.191519-6/001**. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Minas Gerais, 11 de julho de 2007. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019945/107010719151960011-mg-1070107191519-6-001-1-tjmg>>. Acesso em 7 jun. 2015. Grifou-se.

¹⁰⁷ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007., p. 27.

¹⁰⁸ MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro **apud** HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

¹⁰⁹ HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objecção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

“Like other tyrannies, the tyranny of the majority was at first, and is still vulgarly, held in dread, chiefly as operating through the acts of public authorities. But reflecting persons perceived that when society is itself the tyrant - society collectively, over the separate individuals who compose it - its means of tyrannising are not restricted to the acts which it may do by the hands of its political functionaries. Society can e does execute its own mandates: and if issues wrong mandates instead of right, or any mandates at all in things with which it ought not to meddle, it practises a social tyranny more formidable than many kinds of political oppression, since, though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means of escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself. Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them.”¹¹⁰

A questão que se procurou expor, nesse primeiro momento, critica a postura do operador do Direito que muitas vezes invoca a laicidade do Estado com o fito de pôr fim a dissídios que envolvam religião, o que não parece ser sempre correto. Enfrentar o caso concreto se faz necessário, a fim de que se possa pensar em um Estado que privilegia o pensamento plural e, por conseguinte, a democracia. É certo, por outro lado, que o princípio da laicidade do Estado assume grande relevância no que diz respeito à obrigação que tem o Estado de proteger direitos de terceiros sob a guarda de objetores de consciência – e é precisamente tal relação que será exposta a seguir.

1.5 O Estado laico como garantidor do direito de terceiros

Aduz Dalla Via que nem sempre o Direito deve respeitar a consciência de todos os cidadãos, assim como não podem os indivíduos, incessantemente, descumprir as normas jurídicas mediante a invocação de suas convicções internas¹¹¹. O dissenso deve ser aceito na medida extrema do possível, em uma sociedade que preze pela concretização das liberdades¹¹², mas restrições são cabíveis quando danos a outros bens jurídicos estão em jogo - a exemplo do que ocorre no que toca à objeção de consciência que afete direitos de terceiros. Nesse sentido, Dalla Via menciona que a escusa deixa de ser razoável quando, enquanto

¹¹⁰ MILL, John Stuart. **On liberty**. Nova Iorque: Digireads.com Publishing, 2009, p. 5.

¹¹¹ DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La consciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998, p. 65.

¹¹² DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La consciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998, p. 66.

conduta individual, vulnera bens jurídicos fundamentais, como vida e liberdade, *de outras pessoas*¹¹³.

Weingartner Neto menciona que, embora não haja previsão explícita na Constituição acerca dos limites à liberdade religiosa, os direitos de terceiros constituem-se em limites *implícitos* a tal autonomia, uma vez que há que se compatibilizar ambos e, também, outros bens constitucionais, tais como “vida, integridade física, saúde, meio ambiente, ordem/segurança pública, saúde pública”¹¹⁴.

Não obstante a importância que assume a escusa de consciência quando se passa a vê-la como consequência nítida e direta de liberdades asseguradas pela Carta Magna nacional, “[...] aquilo que é definitivamente protegido é tudo, menos ilimitado”¹¹⁵. Embora não exista óbice expreso à liberdade religiosa¹¹⁶ - o que, nem de longe, significa que se trate de autonomia concedida sem qualquer medida -, é possível asseverar que o direito de terceiro sob guarda de um objector se impõe como uma estremadura ao instituto em tela. Assim sendo, não se trata de esvaziar o conteúdo do direito em si, mas tão somente de limitá-lo. Esse recorte é o fulcro da presente monografia, a qual buscará, na teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e suas consequências, o fundamento que respaldará referida restrição.

De pronto, importa gizar que António Damasceno Correia aponta que aquele que pratica a escusa pode fazê-lo, *desde que* não seja o direito de terceiro aquele que sofrerá as consequências de tal objeção:

“A repulsa do objector só será legítima desde que não colida com um direito fundamental de terceiro [...] Daí que também nesta situação seja ilícita a omissão de auxílio do objector, mesmo que ele tenha certeza que irá pactuar com um procedimento que conduzirá posteriormente a uma prática que é contrária às suas convicções religiosas.”¹¹⁷

No mesmo sentido lecionam Mendes e Branco, ao asseverarem que “é quando contrapõe normas que tutelam interesses de terceiros que a objeção de consciência encontra maior resistência”¹¹⁸.

¹¹³ DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La consciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998, p. 67.

¹¹⁴ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 271.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 377.

¹¹⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 271.

¹¹⁷ CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p. 21. Grifou-se.

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 314.

John Rawls aduz, em tópico dedicado à objeção de consciência, que a ordem jurídica pode proibir certas práticas religiosas que tenham por escopo violentar *direito de outrem*, já que “nem a religiosidade nem as razões de consciência são suficientes para proteger essa prática [*sacrifícios humanos*]”¹¹⁹. Acrescenta que a proteção das liberdades iguais dos outros justifica o negar-se a uma religião seu direito de plenamente expressar-se¹²⁰.

Dessarte, percebe-se uma tendência dos estudiosos a tomarem o direito *de terceiro* como limitador à prática do instituto em análise.

A esse respeito, assinala Canotilho que uma das funções dos direitos fundamentais reside no fato de obrigarem o Estado a proteger seus titulares perante terceiros¹²¹. Assim sendo, impõe-se aos poderes públicos a adoção de medidas positivas aptas a protegerem os direitos fundamentais de perturbações praticadas por outrem¹²². Esse é o preciso fulcro do presente estudo: afinal, que providências legislativas foram tomadas pelos entes a tanto competentes a fim de que, instaurado conflito entre os direitos à vida e às liberdades de crença e consciência, prepondere a prerrogativa à subsistência do sujeito transitoriamente impedido de revelar sua própria vontade? Estaria a teoria horizontal dos direitos fundamentais apta a aclarar a medida em que, nas relações existentes entre particulares, o direito de outrem à existência prevaleça sobre as vontades de seus representantes?

Nesse momento, notório está que a laicidade estatal tem méritos de suma importância no que toca à proteção e promoção dos direitos fundamentais, em especial quando dizem respeito à vida de terceiro sob representação de objetores de consciência. Cabe ao intérprete, no momento da análise de situações de conflitos de tais garantias, fundamentar sua posição de modo a demonstrar como as peculiaridades do caso foram sopesadas e levaram àquela conclusão. Tal ponderação significa a relativização dos direitos em colisão, motivo pelo qual se justifica breve análise teórica a seu respeito.

1.6 Da necessidade de relativização de direitos fundamentais no caso concreto

Defende Duque que direitos fundamentais possuem igualdade hierárquica, ainda que, quando do exame do caso concreto, algumas dessas garantias tendam a apresentar

¹¹⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 410.

¹²⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 410.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

significados mais notórios do que outras¹²³. O mesmo autor alude que é em função do princípio da unidade da constituição que se torna impossível admitir a hierarquia abstrata entre os direitos fundamentais, de modo a possibilitar-se “uma espécie de efeito derogatório entre eles”¹²⁴.

Os direitos fundamentais são assim chamados por terem a pessoa, a qual é fundamento do Estado, como centro; visam, precipuamente, à realização do ser humano¹²⁵. Assim sendo, por conseguinte, a intangibilidade da dignidade da pessoa humana torna-se fundamento do Estado¹²⁶, tendo a ponderação de direitos, no momento da análise do fato em concreto, a função de buscar sua máxima realização. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “direitos fundamentais constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com base nesta devem ser interpretados”¹²⁷.

Em que pese o reconhecimento, por parte majoritária da doutrina, da dificuldade em se estabelecer um conceito para dignidade da pessoa humana, para a presente investigação adequa-se bem o aludido por Marcelo Schenk Duque, o qual menciona que são aspectos inerentes a tal princípio “a integridade corporal, igualdade jurídica elementar e identidade pessoal”¹²⁸, devendo-se evitar a definição de tal valor “a partir de concepções de mundo ou de posições ideológicas, sob pena do esvaziamento ou desvirtuamento do seu conteúdo”¹²⁹. Tal autor defende, ainda, que é da análise do caso concreto que se extraem os subsídios aptos a descreverem a esfera de proteção da dignidade da pessoa humana, de modo que se conclua que aspectos protegidos por este princípio estão sendo afetados¹³⁰.

Nesse passo, de se dizer que cabe ao Estado não a orientação do ser humano rumo a um caminho que ele, ou determinada maioria social, considere mais correto, mas sim criar plenas condições para que cada pessoa realize as próprias escolhas e se oriente de acordo com

¹²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 176.

¹²⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177.

¹²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177.

¹²⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109.

¹²⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244.

¹²⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244.

¹³⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 246.

elas, desde que tais planos não interfiram em direitos de terceiros¹³¹. Isso porque a dignidade da pessoa humana assegura não apenas a existência física, mas também intelectual e moral, buscando resguardar, assim, a subjetividade do indivíduo¹³².

Para Duque, inspirado na doutrina alemã, a dignidade da pessoa humana é responsável por consolidar a autonomia ou o direito de autodeterminação do indivíduo, a qual proporciona o livre desenvolvimento de sua personalidade¹³³. Dessarte, a dignidade manifesta-se na ordem jurídica a partir do momento em que assegura ao sujeito um espaço em que pode atuar como “ser autônomo e autorresponsável, livre da submissão ao poder de outras pessoas”¹³⁴.

Por outro lado, para Weingartner Neto, apesar de ser a liberdade de consciência garantida como direito, a princípio, irrestrito, não se pode olvidar que existem complexas questões no que diz respeito aos limites e ponderações de tal autonomia com outros direitos e valores dispostos na Constituição Federal¹³⁵.

Segundo tal autor, a solução de conflitos que envolvam a liberdade de crença “depende de ponderação, devendo prevalecer o fato de consciência quando não afete – ou o faça de forma periférica – liberdades e direitos fundamentais de terceiros”¹³⁶. Menciona, ainda, que

“certos conflitos derivados da escusa de consciência religiosa colocam especiais exigências de ponderação (casos, por exemplo, de recusa a vacinações obrigatórias ou transfusões sanguíneas necessárias), prevalecendo, no caso de crianças, adolescentes e incapazes, soluções a favor das medidas em prol da saúde e da conservação da vida.”¹³⁷

Nesse passo, André Ramos Tavares ensina-nos que não existe direito fundamental absoluto, e que devem ser consideradas outras circunstâncias atinentes aos casos concretos¹³⁸. Tal limitação pode dar-se tanto pela incidência de outros direitos fundamentais

¹³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 239.

¹³² DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239.

¹³³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

¹³⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

¹³⁵ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268-269.

¹³⁶ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 268.

¹³⁷ WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentários ao art. 5º, incisos VI a VIII, da CF/88. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 269.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

no episódio que venha a ser analisado, quanto pela de valores ínsitos à própria Constituição¹³⁹. Tratar-se-á da ponderação no capítulo seguinte, de modo amparado na doutrina constitucional vigente. O que importa para o presente momento é compreender que diante da situação concreta, o sopesamento de direitos fundamentais em conflito leva à relativização desses, de modo que a dignidade da pessoa humana, enquanto realização máxima do indivíduo, seja preponderantemente considerada.

Nesse sentido, importante é a lição de Duque, no sentido de que nem mesmo a dignidade da pessoa humana escapa à necessidade de relativização em certas situações, enquanto princípio passível de ponderação, principalmente em casos em que esteja em jogo o direito à vida ou o direito de pessoa diversa – o que enseja a discussão sobre valores inserida na problemática que envolve a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁴⁰. Passa-se a tratar da referida dimensão no capítulo subsequente, buscando-se, em seguida, o aprofundamento teórico no que toca à ponderação de direitos fundamentais na relação que envolve colisão de tais garantias entre particulares, a fim de que haja subsídios doutrinários para que sejam abordadas questões práticas envolvendo a objeção de consciência *versus* direito de terceiro à vida.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120.

¹⁴⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 250.

2 DA VINCULAÇÃO DE PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SUAS INTER-RELAÇÕES

O fulcro do presente capítulo é o estudo concernente à dita eficácia horizontal dos direitos fundamentais – qual seja, aquela que alude à oponibilidade de tais direitos às inter-relações ocorridas entre particulares.

Para que se chegue a tal ponto, cumpre percorrer a teoria que dá respaldo ao referido instituto – isto é, a dimensão jurídico-objetiva dos mencionados direitos. Antes disso, porém, realizar-se-ão breves considerações sobre a dimensão jurídico-subjetiva das aludidas normas, a fim de que restem compreendidas as diferenças entre tais perspectivas, bem como os motivos pelos quais é da dimensão objetiva que emanam as raízes da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Serão esmiuçadas, ainda, as hipóteses atinentes à maneira como os direitos fundamentais são aplicáveis às situações de conflitos entre titulares de tais prerrogativas constitucionais. Trata-se, aqui, da exposição acerca das teorias das eficácias imediata e mediata dos direitos fundamentais às inter-relações entre particulares, e, também, da que diz respeito à denominada *state action doctrine*.

Por fim, apresentar-se-á o modo como a doutrina constitucional se posiciona em relação à resolução de tais conflitos, de maneira a discorrer acerca da importância da ponderação dos direitos envolvidos no cenário ora proposto.

2.1 Da dimensão jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais

Por constituírem fontes de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e, ao mesmo tempo, os fundamentos do ordenamento jurídico, que se irradiam por todo o direito positivo, é que a doutrina reconhece a dupla dimensão dos direitos fundamentais¹⁴¹ - também chamada “dupla natureza”, “duplo caráter” e “dupla função” de tais garantias¹⁴².

A dimensão jurídico-subjetiva das normas fundamentais se relaciona com a própria razão de ser de referidos direitos, qual seja, o indivíduo, seus interesses e sua

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

¹⁴² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 77.

personalidade¹⁴³, reivindicando a autonomia humana como fonte dos demais valores jurídicos¹⁴⁴. Assim, são tidos como garantias subjetivas “as liberdades, competências ou imunidades que o ordenamento confere aos indivíduos, para que exijam o respeito ou a proteção dos bens constitucionais fundamentais por parte dos poderes públicos”¹⁴⁵.

Para Canotilho, é subjetiva a fundamentação que tenha por fulcro o indivíduo, seus interesses, sua situação de vida e sua liberdade¹⁴⁶. Vieira de Andrade, sem pretender definir com exatidão o conceito de direito subjetivo, parte da concepção de que tal garantia relaciona-se a um “poder de vontade própria” para a realização de interesses do próprio titular¹⁴⁷, estando calcada, assim, na tríade “poder (disponibilidade), liberdade (vontade) e exigibilidade (efetividade)”¹⁴⁸. Dessa forma, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais está ligada à proteção de determinada esfera de autorregulamentação e, portanto, de decisão individual, manifestando a “soberania jurídica” do indivíduo, a qual, embora limitada, garante a tal sujeito certo arbítrio¹⁴⁹. É assim que é efetivado o “poder de querer” atribuído ao titular da garantia em questão, posição essa que se aproxima mais da ideia de liberdade-vontade proposta por Locke do que da que se relaciona à liberdade-razionalidade de Spinoza e Hegel¹⁵⁰.

Assevera Ingo Sarlet que direitos fundamentais subjetivos dizem respeito à possibilidade conferida ao titular de tais garantias de impor judicialmente seus interesses perante o destinatário (obrigado)¹⁵¹, o qual possui meios para fazer valer “os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram

¹⁴³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 77.

¹⁴⁴ PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. **apud** VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 78.

¹⁴⁵ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 78.

¹⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1256.

¹⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 164.

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

¹⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”¹⁵². Assim sendo, tal dimensão está associada a “um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”¹⁵³.

A lição de Vieira de Andrade é no sentido de que, aplicado aos direitos fundamentais, o conceito de direito subjetivo deve ser tomado em sentido amplo, uma vez que o espaço dado aos titulares da aludida garantia não é uniforme – pois pressupõe a intensidade com que o valor em questão é tido como importante, também, para a coletividade, além da susceptibilidade de afetar interesses da comunidade¹⁵⁴. Ademais, não é o mesmo o grau de exigibilidade, por parte do titular dos direitos fundamentais, dos comportamentos em apreço – o que se coaduna com o grau de concretização do conteúdo de tais normas determinado pela própria Constituição¹⁵⁵.

É com respaldo na perspectiva subjetiva que se declara que, para o titular de um direito fundamental, existe um sem-fim de cenários, os quais estão atrelados à materialização da norma que o descreve¹⁵⁶. Tais possibilidades são vinculadas aos seguintes fatores, segundo lição de Ingo Sarlet:

“a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.”¹⁵⁷

Sarlet, ademais, destaca que a exigibilidade judicial do direito fundamental em juízo é que torna a perspectiva subjetiva de tais garantias relevante do ponto de vista prático, apresentando, no entanto, a necessidade de se resolver vicissitudes relacionadas ao princípio da vinculação dos poderes e a aspectos próprios da prestação jurisdicional em si, dada a

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 154.

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 163.

¹⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 164.

¹⁵⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 164.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152-153.

“ampliação do espaço subjetivo a partir da dimensão objetiva e a correlata compreensão da dimensão subjetiva individual”¹⁵⁸.

Segundo Marcelo Schenk Duque, a perspectiva subjetiva somente é considerada quando os direitos preveem “consequências jurídicas determinadas”, o que nem sempre está explícito no texto constitucional¹⁵⁹. Assim sendo, os direitos fundamentais subjetivos nascem, muitas das vezes, da interpretação, o que abre caminho para várias derivações importantes do ponto de vista dogmático-constitucional¹⁶⁰.

Para Alexy, reconhecer um direito subjetivo relaciona-se a um maior grau de realização do que as obrigações de caráter objetivo¹⁶¹, tratando-se os direitos fundamentais, precipuamente, de direitos individuais, do que se conclui que, se protegidos constitucionalmente como garantias individuais, tal proteção se manifesta em forma de direitos subjetivos¹⁶². Coaduna-se a esse raciocínio a proposição de Canotilho, para quem os direitos fundamentais são presumidamente subjetivos, individuais¹⁶³. Referido constitucionalista aponta, registre-se, para certa tensão entre as perspectivas subjetiva e objetiva, uma vez que a autodeterminação e desenvolvimento do indivíduo também são obtidos pelo reconhecimento de direitos fundamentais a certas formações sociais, o que se atrela não à pessoa-indivíduo, mas à pessoa em sua qualidade de “unidade interativa” inserida nas aduzidas formações¹⁶⁴.

Embora as normas fundamentais possuam, também, um *status* positivo, o qual assegura a atualização das liberdades garantidas em tal rol, traço marcante no que toca ao conceito da perspectiva jurídico-subjetiva diz respeito à criação de obrigação jurídica para o Estado, de modo a possibilitar ao particular a defesa contra ingerências não autorizadas em

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155.

¹⁵⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

¹⁶⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Der Staat*. **apud** SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 154-155.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. **apud** SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155.

¹⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1257.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1257.

sua esfera de direitos constitucionalmente protegida praticadas pelos poderes públicos¹⁶⁵. Referida dimensão permite, à vista disso, que o cidadão exija dos órgãos estatais dada conduta (pretensão de proteção), concomitante com a defesa contra interferências do Estado em sua liberdade (pretensão de omissão contra violações estatais)¹⁶⁶.

A esse respeito, de se registrar que as liberdades centrais para a presente pesquisa – quais sejam, de crença e consciência –, segundo Canotilho, são tidas como direitos fundamentais subjetivos de natureza defensiva – as quais refletem, portanto, garantias a ações negativas por parte do Estado, constituindo-se no arbítrio conferido ao particular para escolher entre dados comportamentos¹⁶⁷ – no caso, o de determinar-se, ou não, por suas íntimas convicções, bem como o de ter, ou não, uma religião.

Em que pese sua evidente importância, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, sozinha, “não explica todas as consequências jurídicas resultantes da consagração”¹⁶⁸ de tais garantias, motivo pelo qual é relevante o estudo da dimensão objetiva de referidas normas, passo decisivo para a compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

2.2 Da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

A pulverização dos poderes privados, os quais podem ser tão ameaçadores à concretização dos direitos fundamentais quanto o próprio Estado, vem justificando um novo raciocínio no que toca à proteção de referidas garantias. Resultado disso foi o surgimento da perspectiva jurídico-objetiva das normas fundamentais.

Acerca de tal dimensão, assevera Sarlet que tais mandamentos funcionam “não como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica”¹⁶⁹. Dito de modo mais

¹⁶⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 121.

¹⁶⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1260.

¹⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 165.

¹⁶⁹ LINERA, Miguel Presno. La estructura de las normas de derechos fundamentales **apud** SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 143.

simples, a perspectiva objetiva converte o catálogo de normas fundamentais em sistema de valores apto a irradiar efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, enquanto a dimensão subjetiva gera para os titulares de referidos direitos a pretensão individual de buscar sua realização junto ao Poder Judiciário¹⁷⁰.

Sarlet leciona, ainda, que referida dimensão não se coaduna com o mero revés da perspectiva subjetiva dos mandamentos fundamentais, constituindo-se, mais que isso, na autonomia outorgada às normas que preveem direitos subjetivos, como “reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”¹⁷¹, projetando efeitos jurídicos, portanto, para além da mencionada perspectiva subjetiva¹⁷². Agrega, assim, uma “mais-valia”¹⁷³ à dimensão subjetiva das normas fundamentais.

Cumprido destacar que o fato de os direitos fundamentais alcançarem as relações privadas vem sendo tido como uma das mais importantes aplicações da aludida perspectiva objetiva¹⁷⁴. Isso faz com que tais normas extrapolem o âmbito do vínculo entre cidadão e Estado, ao qual os precitados direitos restavam presos pela teoria liberal clássica¹⁷⁵. O referencial, aqui, é um “ser enraizado e situado”, e não o grupo social, nem tampouco “no homem impalpável e abstrato do Estado Liberal”¹⁷⁶, de modo que a dignidade da pessoa humana se materialize em uma sociedade na qual o poder não está nas mãos apenas do Estado, mas de “múltiplas instâncias sociais capilares”¹⁷⁷.

A dita perspectiva objetiva rechaça, diga-se de passagem, a premissa liberal atinente à relação entre liberdade, prosperidade e justiça, existente sem a ação do Estado¹⁷⁸. Portanto, o reconhecimento da mencionada dimensão leva, contrariamente, à aceitação de que compete ao Estado agir, de maneira compulsória, a fim de que sejam concretizados os direitos

¹⁷⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 144-145.

¹⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 165.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 107.

¹⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 123.

¹⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 109.

¹⁷⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

fundamentais¹⁷⁹. Isso se dá, principalmente, por intermédio do legislador ordinário, o qual se obriga à proteção, defesa e promoção das referidas garantias, tendo-as como um sistema que atua como fundamento do ordenamento jurídico em sua totalidade¹⁸⁰.

A fundamentação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na perspectiva jurídico-objetiva de tais normas, a exemplo do que ocorre na Lei Fundamental alemã, se aplica à Constituição Federal brasileira, já que nela existe um catálogo de normas fundamentais que operam, concomitantemente, “como direitos públicos subjetivos e valores da comunidade juridicamente objetivados”¹⁸¹.

Sobre a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e sua irradiação para o direito privado, assevera Daniel Sarmento:

“(…) O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através de seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre essa área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.”¹⁸²

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com a respectiva constatação de que funcionam como valores, é o que permite que tais normas influenciem na resolução de lides judicializadas das mais variadas formas, assumindo a faceta que se mostrar mais adequada à resolução do caso concreto – seja ela a de “poder jurídico, faculdade cânone interpretativo e, até mesmo, em certas situações, de autêntico direito subjetivo”¹⁸³.

Por outro lado, para Steinmetz, é insuficiente dizer que os direitos fundamentais projetam-se sobre os demais ramos do Direito dado o fato de se tratarem de princípios objetivos, uma vez que nada é enunciado a respeito do conteúdo e da forma como tal projeção

¹⁷⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

¹⁸⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

¹⁸¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 104.

¹⁸² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 113.

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 258.

ocorre – o que tem efeitos diretos sobre a compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁸⁴.

Dimoulis e Martins mencionam quatro aspectos ínsitos à dimensão de direito objetivo das normas fundamentais¹⁸⁵: o primeiro é o fato de os referidos direitos apresentarem-se como diretrizes de competência negativa – ou seja, retira-se do Estado a liberdade de ação e o livre-arbítrio. O segundo diz respeito aos direitos fundamentais como critérios de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, o que é consequência direta do efeito de irradiação das normas fundamentais – para os precitados autores, quando se está diante de várias possibilidades de interpretação constitucional deve-se conferir preferência àquela que melhor se alie ao que prescrevem os direitos fundamentais.

Ainda, tem-se que a terceira característica da perspectiva objetiva é aquela que versa sobre a possibilidade de limitação, por parte do Estado, dos direitos fundamentais em ocasiões nas quais esteja o interesse de seus titulares – a esse respeito, Dimoulis e Martins comentam que tal cerceamento só se justifica em casos de conflitos de direitos, tratando-se, de outro modo, de postura paternalista por parte do Ente Soberano, o qual aparenta conhecer o interesse do indivíduo melhor que ele mesmo¹⁸⁶. A quarta particularidade apontada pelos aludidos escritores advém da doutrina alemã e se coaduna com o dever estatal de tutela dos direitos fundamentais¹⁸⁷.

Apresentada a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, passa-se à análise de seus corolários, os quais são relevantes para a efetiva compreensão do alcance de tal perspectiva.

2.2.1 Da irradiação dos direitos fundamentais

Uma das principais consequências diretas da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais é o chamado efeito de irradiação de tais garantias.

Para o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é de grande importância a compreensão acerca da capacidade que têm tais normas de se espriarem por

¹⁸⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 111.

¹⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 119-120.

¹⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

¹⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 120.

todo o ordenamento jurídico (*Austrahlungswirkung der Grundrechte*¹⁸⁸), devendo ser operado não apenas em momentos de crise da ordem constitucional, mas no dia a dia do Direito, em suas situações mais banais¹⁸⁹. A respeito do mencionado efeito, assevera Alexy:

"La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un 'efecto de irradiación' en todo el derecho ordinario tiene amplias consecuencias. La Constitución no es ya sólo base de autorización y marco del derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad e igualdad y de Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. En la aplicación del derecho esto se muestra en la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad y su tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica bajo reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales."¹⁹⁰

Segundo Virgílio Afonso da Silva, ensinam Gunnar Folke Schuppert e Christian Bumke que a irradiação do direito constitucional é uma das formas de manifestação da constitucionalização do ordenamento jurídico¹⁹¹. É no bojo da decisão do caso *Lüth* que se encontra importante pronunciamento acerca do referido efeito:

"A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um (...) fortalecimento da validade (...) dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos."¹⁹²

A teoria da irradiação dos direitos fundamentais tem como eixo a propagação de suas consequências para todos os âmbitos jurídicos, incluso o privado¹⁹³, tratando-se, assim, de se considerar "o significado dos direitos fundamentais na interpretação e aplicação das leis no caso concreto"¹⁹⁴, abandonando-se a noção de caráter declaratório de referidas normas¹⁹⁵.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 72.

¹⁸⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124-125.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 156.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41.

¹⁹² BVerfGE 7, 198 (205) **apud** SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 42.

¹⁹³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

¹⁹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

Dessarte, “os direitos constitucionais se tornam onipresentes”¹⁹⁶. O peso de tal efeito é dado, principalmente, “pela intensidade do ônus que impõe ao titular do direito fundamental afetado”¹⁹⁷, não existindo previsão expressa na Lei Maior quanto à extensão da concretude dessas repercussões.

Em uma observação crítica à eficácia de irradiação, Canaris assevera que tal efeito conduz à uma ponderação estritamente ligada à análise do caso concreto¹⁹⁸, tratando-se de uma “formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga”¹⁹⁹. Referido professor sugere a substituição da eficácia de irradiação pela utilização das clássicas funções dos direitos fundamentais²⁰⁰, as quais se constituem em: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação²⁰¹.

2.2.2 Do dever de proteção do Estado

Outro importante desdobramento da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais para o estudo da eficácia horizontal de tais normas é o que diz respeito ao Estado no dever não só de se abster de violar referidas normas, mas, ainda, no de proteger seus titulares quando esses se encontram em situações de lesões e ameaças a direitos advindas de terceiros, obrigação essa que se consubstancia nas atividades legislativa, administrativa e judiciária, as quais devem se orientar pela “promoção dos direitos da pessoa humana”²⁰². Tais deveres de proteção (*Schutzpflichten*) incluem a ação preventiva por parte do Ente Soberano no que toca à proteção dos direitos fundamentais contra ofensas emanadas de particulares, do próprio Estado e até de outros Estados²⁰³.

¹⁹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003, p. 133.

¹⁹⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

¹⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 78.

¹⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 48.

²⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 49.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410.

²⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 149.

Assim, constitui-se em dever estatal *observar* a obrigação de abster-se de “intervir nas esferas individuais protegidas”²⁰⁴, bem como *proteger* os direitos fundamentais de lesões cometidas por agentes privados²⁰⁵.

As restrições aos direitos fundamentais, emanadas da mencionada obrigação de proteção, resultam em limitações da liberdade individual, as quais buscam, justamente, proteger bens capitais e maximizar as normas fundamentais, uma vez que se objetiva conferir maior proteção a essas e à liberdade no âmbito da comunidade estatal²⁰⁶.

O arcabouço teórico até aqui explorado teve por pretensão apresentar o terreno em que tem suas raízes a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assunto que embasa a presente pesquisa, sobre o qual discorrer-se-á no próximo tópico.

2.3 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve sua investigação iniciada na Alemanha entre os anos 50 e 60, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte*, ou “eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros”²⁰⁷, a partir de decisões do Tribunal Federal do Trabalho e daquela referente ao Caso Lüth, proferida pelo Tribunal Constitucional alemão²⁰⁸. Tal estudo surgiu da necessidade de solucionar os mais diversos tipos de conflitos surgidos com o advento da pós-modernidade, os quais envolvem, via de regra, “direitos de liberdade e de personalidade em geral”²⁰⁹.

Leciona Virgílio Afonso da Silva que o reconhecimento de que não é apenas o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais de um indivíduo, mas, outrossim, outros sujeitos em suas inter-relações privadas, trata-se de uma quebra de paradigma responsável

²⁰⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

²⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 150.

²⁰⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63-64.

²⁰⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 31.

²⁰⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

pela ruptura da produção de efeitos de tais direitos tão somente no vínculo estabelecido entre cidadãos e o precitado Ente Soberano²¹⁰.

Para Steinmetz, a temática da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas trata-se de tarefa da construção dogmática jurídica e da jurisprudência constitucionais, por inexistência de referências textuais específicas sobre tal assunto nos documentos que são tidos como parâmetros paradigmáticos no mundo ocidental – e, em assim sendo, torna-se tal tópico espaço para muitas controvérsias²¹¹. Ademais, faz com que a resposta ao problema não seja uma “evidência constitucional” expressa, “imediatamente observável”, o que tem por consequência a influência dos pré-juízos e das hipóteses preliminares acerca do conteúdo e das funções da Constituição e dos direitos fundamentais no que toca às interpretações que pretendem levar às soluções jurídicas para o problema da vinculação dos particulares a tais direitos²¹².

A ausência de suporte textual próprio gera, ainda, temores como a restrição, e, até mesmo, eliminação da autonomia privada, bem como o da “panconstitucionalização”, o que, em seu extremo, poderia causar o fim do direito privado, e também à “banalização constitucional”, com perda da identidade dos sub-ramos do direito privado (tais como direito do trabalho, direito comercial e direito civil)²¹³.

No Brasil, essa temática é alcunhada de eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais²¹⁴.

Ensinam Mendes e Branco que os princípios que informam os direitos fundamentais têm aplicação no direito privado dada à força vinculante e à eficácia imediata de tais normas. Consequência direta de tal constatação é o fato de que não só o Estado é obrigado a observar referidos mandamentos, como também é forçado a fazê-los respeitados pelos particulares em suas inter-relações, o que é possível graças à perspectiva jurídico-objetiva dos

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

²¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 34-35.

²¹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 97.

²¹³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 35-36.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 374.

direitos fundamentais²¹⁵. Tal dimensão requer postura estatal ativa, cabendo-lhe a proteção, de modo global, das normas fundamentais²¹⁶.

Para Duque, a relevância do estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não está apenas na busca por respostas acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares, mas também reside na elucidação quanto aos casos em que tais direitos vincularão os mencionados sujeitos, quer se tratem de pessoas naturais ou jurídicas²¹⁷. A esse respeito, menciona Steinmetz que as duas grandes perguntas a serem respondidas, acerca de tal temática, são: “os particulares, a exemplo dos poderes públicos, também estão vinculados a direitos fundamentais? Em caso afirmativo, de que forma (‘como’) e em que medida (alcance, extensão)?”²¹⁸.

O estudo *lato sensu* da precitada *drittwirkung* não tem a pretensão de trazer uma solução generalizada e que se aplique a todos os casos de aplicação dos direitos fundamentais à esfera privada²¹⁹, mesmo porque

“o significado dos direitos fundamentais não se esgota na proteção da personalidade individual (...) visto que também se dirige a questões relacionadas à estrutura do ordenamento jurídico, à manutenção da liberdade de concorrência como pressuposto de uma economia próspera ou, ainda, ao processo de livre formação da opinião, como pressuposto da democracia.”²²⁰

A Constituição Federal de 1988 nada aduz a respeito da eficácia dos direitos fundamentais no trato entre particulares, sujeitando-se apenas a conferir imediata aplicação de tais garantias em seu art. 5º, § 1º²²¹.

Virgílio Afonso da Silva observa que parece existir uma confusão entre “eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção de efeitos e seu âmbito de aplicação”

²¹⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 176.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 378.

²¹⁷ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

²¹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 38.

²¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

²²⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52-53.

²²¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais**. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

quando se utiliza do art. 5º, § 1º da Constituição Federal a fim de estear a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em que pese tal dispositivo legal asseverar que as normas terão aplicabilidade imediata, o mencionado professor defende que não há, na precitada prescrição legal, qualquer alusão ao tipo da relação a ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Assim sendo, já se pressupõe a aplicação direta de tais garantias a todo tipo de elo, inclusive o privado²²².

Silva aduz, ainda, que quando os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos sujeitos envolvidos em uma inter-relação particular, a produção de efeitos daí derivada é direta, “via aplicação das normas de direitos fundamentais”. É somente nesse caso que se poderia falar em aplicabilidade das normas fundamentais às relações privadas, segundo tal autor²²³.

A importância da compreensão acerca da eficácia horizontal dos mandamentos fundamentais é particularmente intensa quando existe uma relação entre um sujeito detentor de certa espécie de poder sobre outrem, em “evidente desproporção de poder social”²²⁴. Tal desequilíbrio tem por consequência a possibilidade de se tratar a parte mais forte de tal interação como detentora de mando equivalente ao do Estado²²⁵. Por conseguinte, está o referido ator vinculado às disposições que garantem os direitos fundamentais, de modo que se alcance o equilíbrio entre os dois polos de particulares tal qual se busca realizar entre um indivíduo e o poder público²²⁶.

Para George Marmelstein, referida projeção dos direitos fundamentais às relações entre particulares se dá porquanto agentes privados, em especial aqueles que possuem poder econômico e social, detêm potencial lesivo aos valores contidos nas normas de direitos fundamentais semelhante àquele de que goza o próprio Estado²²⁷. Em linha de raciocínio congênere, aduz Daniel Sarmento:

“Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas, travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada

²²² SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 58.

²²³ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 59.

²²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

²²⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

²²⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104.

²²⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 337.

mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.”²²⁸

Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, aponta que as relações de dominação foram apenas o ponto de partida para o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: afinal, defende tal autor que tal efeito se estende a todos os particulares, em qualquer relação que travem entre si²²⁹.

Assim sendo, nada impede que mencionada horizontalidade seja aplicada às relações em que as partes não pertençam a grupos socialmente subalternos, embora um dos sujeitos esteja em posição de inferioridade em relação a outro²³⁰. Dessarte, é de se ver que o critério para a aplicação da aludida teoria é o da “desigualdade de posições no interior da relação jurídica”, a ser avaliada no caso concreto²³¹.

Registre-se, por fim, que a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas alude à possibilidade de se restringir tais normas, limitações essas que não são realizadas pelo Estado, mas pelos particulares²³². É nesse contexto de refreamento que se desenvolve a chamada teoria do efeito recíproco dos aludidos mandamentos, a qual reza que, a fim de que a limitação seja proporcional, deve existir uma relação de mutualismo entre o direito estreitado e a medida legal que o restringe, de modo que referida intervenção seja reinterpretada à luz do significado do direito cingido, já que é dever da Constituição, dentre outras, a proteção do direito privado contra medidas excessivas²³³.

Tendo sido apresentada a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumpre estudar a maneira como tal relação se dá, segundo a doutrina constitucional: se de modo direto, indireto ou inexistente. É o que será exposto no tópico seguinte.

²²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 25.

²²⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

²³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

²³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

²³² DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

²³³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

2.4 Das teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais

De acordo com a intensidade de interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas, costumam os estudiosos se dividirem entre eficácia direta (ou imediata) e eficácia indireta (ou mediata) dos referidos mandamentos sobre tais interações, existindo, ademais, a doutrina do *state action*, a qual apregoa que inexistente vigência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme será detalhado adiante.

2.4.1 Eficácia direta (imediata)

A teoria da eficácia direta (*Unmittelbare Drittwirkung*), recepcionada pela Lei Maior pátria em seu art. 5º, § 1º²³⁴, diz respeito à situação em que os direitos fundamentais devem ser aplicáveis, de forma imediata, à relação entre os particulares, tratando-se, assim, de mandamentos subjetivos oponíveis a tais inter-relações²³⁵. Nessa teoria, a autonomia predomina quando os atos dizem respeito, tão somente, a liberdades²³⁶.

Para Sarlet, está-se diante da aplicação direta dos mandamentos fundamentais quando “inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais”²³⁷. Dimoulis e Martins mencionam que o efeito imediato “refere-se ao vínculo direto das pessoas aos direitos fundamentais ou de sua imediata aplicabilidade para a solução de conflitos interindividuais”.²³⁸ Assim sendo, não seria necessária nenhuma intermediação a fim de que sejam os direitos fundamentais aplicáveis nas relações entre particulares²³⁹.

Para Hans Carl Nipperdey, o qual primeiro defendeu tal tese, certos direitos fundamentais podem ser diretamente invocados nas relações entre particulares, o que independe de mediação legislativa. Isso se dá porquanto não advêm apenas do Estado as

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 380.

²³⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

²³⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 86.

ameaças às normas fundamentais, mas também de terceiros em geral²⁴⁰. Defensor de tal doutrina, Tomás Quadra-Sacedo aduz que

“(…) la obligación de respetar los derechos fundamentales por todos los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución, y no solo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.”²⁴¹

Canaris, por sua vez, leciona que importa distinguir entre a eficácia imediata em relação a terceiros e a vigência imediata dos direitos fundamentais. A esse respeito, em estudo sobre a legislação vigente na Alemanha, aduz tal autor que “só deve falar-se de eficácia imediata em relação a terceiros se os direitos fundamentais se dirigem imediatamente contra sujeitos de direito privado”²⁴², limitando os destinatários das normas fundamentais a apenas o Estado e seus órgãos²⁴³.

Aduz Steinmetz que, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais vinculam imediatamente os sujeitos das relações particulares, à exceção das normas “cujos sujeitos passivos ou destinatários são exclusivamente os poderes públicos”²⁴⁴. Um dos principais argumentos a corroborarem tal tese é no sentido de que a teoria da eficácia imediata “é consistente e consequente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da sociedade”²⁴⁵.

Ensina-nos Barroso que a eficácia direta diz respeito à ponderação, no caso concreto, entre a autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, de outro, o que deve ser realizado levando-se em conta os seguintes fatores: desigualdade material entre as partes, manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério, preferência para fatores existenciais sobre patrimoniais e riscos para a dignidade da pessoa humana²⁴⁶.

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205.

²⁴¹ QUADRA-SALCEDO, Tomás. El recurso de amparo y los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares. **apud** SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

²⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

²⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

²⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 271.

²⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 271.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em < <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

Vieira de Andrade menciona que a o grau de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais varia, necessariamente, conforme as circunstâncias determinadas pelo caso concreto, nas quais se deve atentar ao tipo da relação existente entre os particulares envolvidos. Assim, o elo existente entre pais e filhos é demasiado diferente daquele que decorre de vínculo empregatício (empregador/empregado), para citar um exemplo, do que decorre como necessária consequência a diferenciação de tratamento quando que da análise do evento real²⁴⁷.

2.4.2 Eficácia indireta (mediata)

Por sua vez, a hipótese que alude à eficácia indireta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas (*Mittelbare Drittwirkung*), construída por Günter Dürig e o Tribunal Constitucional alemão²⁴⁸, trata da atenuação da aplicação de tais normas na esfera particular, buscando proteger a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo²⁴⁹. Aqui, os direitos fundamentais são expressos na legislação comum, dado o efeito de irradiação de tais mandamentos sobre as leis ordinárias²⁵⁰. Tal manifestação dá-se por cláusulas e normais gerais de conteúdos jurídicos indeterminados, os quais possibilitam ao juiz interpretar e aplicar referidos conceitos quando da análise do caso concreto²⁵¹.

Trata-se, portanto, de proteger a norma fundamental utilizando-se de recursos próprios do direito privado, e não do Direito Constitucional, através da atuação do legislador ordinário²⁵². Para os defensores da vigência mediata, a negação da aplicação direta dos direitos fundamentais às inter-relações particulares dá-se porque tal incidência minaria a autonomia da vontade, bem como transformaria o Direito Civil em ramo sem qualquer autonomia, consistindo em mera concretização do Direito Constitucional²⁵³. Era, para Dürig, a

content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>, acesso em 18 mai. 2015, p. 35.

²⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 286.

²⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 78.

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 180.

²⁵⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 106.

²⁵² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 199-200.

²⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198.

forma de garantir a independência do Direito Privado, protegendo-o do domínio de dispositivos constitucionais aplicados a tal ramo de forma direta²⁵⁴.

Para Virgílio Afonso da Silva, a base da eficácia indireta é a “influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado”²⁵⁵, o que se dá através de cláusulas gerais existentes em tal ramo do Direito, e que funcionam como portas de entrada para o sistema de valores constituído pelas referidas normas fundamentais²⁵⁶.

A ideia de direitos fundamentais como sistema de valores diz respeito ao fato de que a declaração de tais garantias não se trata somente de enunciar princípios, mas mais que isso: daí emanam normas jurídicas que conferem direitos subjetivos aos indivíduos, ao menos no que tange às liberdades públicas²⁵⁷. Supera-se, assim, a ideia de que os direitos fundamentais existem apenas para abstenção ou prestação por parte do Estado, sendo válidas para todo o ordenamento jurídico²⁵⁸.

Acerca da aludida eficácia mediata, consigna Vieira de Andrade que

“(…) quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wetschutzlückenschliessung*), mas sempre dentro do espírito do direito privado.”²⁵⁹

Para Dimoulis e Martins, na contramão do que asseveram outros doutrinadores analisados quando da confecção desta monografia, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no Brasil, tem caráter mediato, o qual se consubstancia na obrigação que tem o

²⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 79.

²⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

²⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

²⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76-77.

²⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 77.

²⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 276-277.

juiz de observar a irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico²⁶⁰. Referidos autores assim desenvolvem tal argumento:

“Isso significa que, apesar do caráter direto da aplicação da norma constitucional, as relações entre particulares só ficam submetidas aos direitos fundamentais mediante atuação (decisão) do Estado, de tal sorte que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado. O particular, ao contrário, está diretamente vinculado somente ao direito infraconstitucional, sobretudo ao direito privado e penal, do qual é o destinatário normativo por excelência.

Tal aplicação direta pelo Estado-juiz, portanto, não impugna a tese aqui adotada de que o efeito horizontal é meramente indireto. Necessita dos media, isto é, da intermediação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional (exemplos: boa-fé, bons costumes, função social do contrato etc.) sobre as quais incide o referido “efeito de irradiação” e, evidentemente, da decisão do juiz que interpreta e aplica tais cláusulas.”²⁶¹

Discorda Daniel Sarmento da mencionada posição. Tal autor defende que, embora a prioridade na concretização dos direitos fundamentais seja do legislador ordinário, não há qualquer impedimento à aplicação direta da Constituição aos casos concretos, inexistindo regra específica que verse sobre a matéria, ou quando, existindo, esteja em desarmonia com o que prega a Lei Maior²⁶². Sarmento menciona, ainda, doutrinadores tais como Ingo Sarlet, Wilson Steinmetz, Jane Reis Gonçalves Pereira, Virgílio Afonso da Silva, Gustavo Tepedino e Luís Roberto Barroso, os quais reconhecem a aplicabilidade da eficácia direta ao direito privado brasileiro²⁶³.

A eficácia mediata é severamente rechaçada por Canaris, o qual garante que, por questões de lógica jurídica, tal efeito é inviável: isso porque não é possível “controlar a conformidade de uma norma de direito privado com os direitos fundamentais aferindo-a segundo uma outra norma de direito privado”, já que ambas estariam situadas no mesmo nível²⁶⁴.

Ingo Sarlet leciona que a problemática da vinculação dos particulares às normas fundamentais está na conciliação desses “com os princípios basilares do direito privado”²⁶⁵.

²⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 108.

²⁶¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

²⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 241.

²⁶³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246-250.

²⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 78.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 380.

Ensina-nos referido doutrinador, outrossim, que é somente da análise do caso concreto que se pode concluir pela aplicabilidade da eficácia direta ou indireta²⁶⁶.

Para Vieira de Andrade, a teoria da eficácia imediata confere maior proteção aos indivíduos em situações de patente desigualdade que se revelam “no mundo do trabalho, da política, da vida social e até da vida familiar”²⁶⁷. Já pela tese da eficácia mediata concede-se certa liberdade de agir aos particulares, procurando-se evitar um “intervencionismo asfixiante” que venha a por em xeque a liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos. Isso se dá pelo destaque dado aos direitos constitucionais atinentes à autonomia privada e ao livre desenvolvimento da liberdade²⁶⁸.

Para Ernst-Wolfgang Böckenförde, mencionado por Steinmetz, eficácia direta e indireta não se constituem em formas incompatíveis: afinal, quando é inviável a última, é iniciada a atuação da primeira²⁶⁹. A esse respeito, Böckenförde assim desenvolve sua tese:

“(…) se os direitos fundamentais garantem determinados conteúdos (axiológicos) jurídico-objetivos do ordenamento jurídico com hierarquia constitucional, sua realização não pode depender de uma configuração infraconstitucional suficiente do ordenamento jurídico-privado. À medida que parece possível o desenvolvimento desses conteúdos por meio de cláusulas gerais ou de outras regras legais do correspondente âmbito jurídico, pode levar-se a cabo pela via da interpretação e da aplicação dessa prescrição, isto é, pela via da eficácia indireta frente a terceiros. Se faltam tais pontos de conexão, não cessa a atuação dos direitos fundamentais, senão que ela se impõe diretamente. O próprio direito fundamental se converte em ponto de conexão para os deveres de ação ou de omissão de terceiros ou para os próprios direitos no ordenamento jurídico-privado ou em outros ordenamentos jurídicos parciais: oclusão de lacunas de proteção de valores em virtude da supremacia da Constituição ou, precisamente, eficácia direta jurídico-material frente a terceiros.”²⁷⁰

Para Bilbao Ubillos, igualmente, admitir a vigência direta das normas fundamentais não significa negação do efeito de irradiação de tais direitos por meio de lei infraconstitucional. Leciona referido constitucionalista, à semelhança de Böckenförde, que se o legislador ordinário não concretiza o alcance dos direitos fundamentais nas relações

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 380.

²⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 283.

²⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 283.

²⁶⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 266.

²⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental **apud** STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 265-266.

particulares, as normas constitucionais podem ser aplicadas de modo direto, tornando-se necessária, dessarte, a harmonização de ambas as eficácias com os valores específicos do direito privado presentes em cada caso concreto de colisão de direitos fundamentais²⁷¹.

Steinmetz conclui, também, que não há incompatibilidade entre as vigências direta e indireta, observando que se existe legislação específica e constitucionalmente válida, o intérprete e aplicador da lei não pode dela se afastar, a não ser que sejam “(i) manifestamente inconstitucionais, (ii) não passíveis de interpretação conforme a Constituição ou conforme as normas de direitos fundamentais e (iii) deficitárias, insuficientes ou lacunosas”²⁷². Na ausência de lei ordinária acerca do conflito em análise, o juiz deve considerar o princípio da autonomia privada como valor constitucionalmente protegido, além de, evidentemente, os direitos fundamentais em jogo²⁷³.

Ainda a esse propósito, ao discorrer acerca da compatibilidade entre as teorias da eficácia imediata e mediata, Steinmetz menciona a chamada teoria integradora de Alexy, segundo a qual faz-se necessária a soma de acertos de ambas as hipóteses, a fim de se buscar concretizar uma dogmática “unitária, completa e adequada”²⁷⁴. É no sentido de harmonizar as eficácias direta e indireta, além dos efeitos de proteção do Estado, que Alexy propõe sua hipótese acerca da maneira como os direitos fundamentais são aplicáveis às relações entre os particulares. Por se tratar de tema de suma importância para a análise do caso concreto proposto, discorrer-se-á a seu respeito no próximo capítulo.

2.4.3 “*State action doctrine*”

Há, ainda, que se registrar a existência da chamada doutrina da *state action*, teoria essa que nega a existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É nos Estados Unidos da América que tal corrente ganhou mais força, já que a cultura em torno dos direitos fundamentais não seguiu o mesmo processo evolutivo observado nos Estados europeus²⁷⁵.

²⁷¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. **apud** STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 267.

²⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 268.

²⁷³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 268-269.

²⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 265.

²⁷⁵ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 118.

No precitado país, é aceito de forma massiva que as normas fundamentais impõem limitações apenas ao Estado, não havendo que se falar em direitos de particulares frente a outros particulares (excetuando-se, apenas, a 13ª Emenda, a qual diz respeito à proibição da escravidão)²⁷⁶. Assim sendo, tais direitos vinculam apenas os poderes públicos, e, portanto, somente via ação estatal podem ser acionados, estando na legislação ordinária a proteção conferida aos particulares²⁷⁷. André Rufino do Vale atribui isso ao fato de que a teoria constitucional americana subsiste atrelada ao modelo liberal de se conceber os direitos fundamentais, os quais se constituem tão somente em limitadores da atividade exercida pelos poderes públicos²⁷⁸. Dessarte, somente via *state action* ou *government action* é possível invocar-se a proteção dos “*individual rights and liberties*” da “*Bill of Rights*”²⁷⁹.

Para Steinmetz, tal doutrina não encontra eco em constituições concebidas no seio dos paradigmas dos constitucionalismos social e democrático. Não se trata, ademais, de teoria apta a descrever a vinculação dos sujeitos privados aos direitos fundamentais no que toca à Carta Magna brasileira, a qual “normatiza as relações entre indivíduo e Estado, (bem como) tem a pretensão de modelar, em questões fundamentais, as relações sociais”²⁸⁰.

Após a exposição das principais teorias que concernem ao modo como os direitos fundamentais em conflito podem ser opostos (ou não, no caso da *state action doctrine*) às relações entre particulares, passa-se à análise da maneira como os doutrinadores constitucionais percebem o dirimir de divergências em tal contexto.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

²⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 178.

²⁷⁸ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 118.

²⁷⁹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 118.

²⁸⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 181.

2.5 Da resolução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito da eficácia horizontal

Segundo Vieira de Andrade, colisões de direitos fundamentais ocorrerão sempre que se entenda que a Carta Magna protege dois bens jurídicos que se contradizem em situações concretas²⁸¹.

Conforme lição de Steinmetz, “o problema da vinculação de particulares a direitos fundamentais apresenta-se, empiricamente, como uma colisão de direitos fundamentais cujos titulares são particulares”²⁸². O conflito de tais normas contempla aspectos amplamente diversos, os quais, entretanto, apresentam um ponto comum: referidas situações só podem ser superadas se é imposto a um dos lados (ou mesmo a ambos) restrições ou sacrifícios às garantias invocadas. O embaraço está em discernir como isso se dá na prática²⁸³.

O modelo valorativo-objetivo, para Steinmetz, trouxe como ponto obscuro questões relativas à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais²⁸⁴. O principal problema relativo a tal seara, para referido autor, diz respeito à possibilidade de fundamentar uma hierarquia de valores, tanto do ponto de vista filosófico quanto constitucional, já que “qualquer hierarquia é uma construção fundada meramente em preferências políticas, ideológicas, pessoais, de grupos, etc.”²⁸⁵. A esse respeito, aduz Vieira de Andrade que não se deve estabelecer uma hierarquia entre bens a fim de que sejam sacrificados os de menor importância²⁸⁶.

Para Alexy, a colisão de normas fundamentais pode se dar de duas maneiras: em sentido estrito, quando o exercício de um direito fundamental tem consequências negativas na esfera de direitos fundamentais de outro sujeito²⁸⁷, e em sentido amplo, quando direitos

²⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 220.

²⁸² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 132.

²⁸³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 183.

²⁸⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 112.

²⁸⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 120.

²⁸⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 221.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola de Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mai 2015, p. 68.

fundamentais individuais e bens coletivos entram em conflito²⁸⁸. As primeiras têm relevância especial para esta monografia, motivo pelo qual deter-se-á em sua análise.

As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito podem ocorrer entre normas idênticas ou diversas. Relevante para a análise que aqui é desenvolvida é a que diz respeito ao choque entre direitos distintos, o qual, segundo Alexy, conduz a duas importantes consequências: a primeira é a irradiação dos direitos fundamentais sobre a ordem jurídica, amplamente comentada em momento anterior, e a segunda é a necessidade de ponderação quando da ocorrência de tal colisão²⁸⁹, sobre a qual falar-se-á durante o presente item. Ambas decorrem da sentença do paradigmático caso *Lüth*, a qual teve suma importância no que tange a “colocar os trilhos básicos para sua jurisprudência da ordem de valores”²⁹⁰.

É a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que legitima restrições aos direitos individuais (subjetivos), bem como limitações ao conteúdo e ao alcance dos direitos fundamentais, devendo-se atentar para o resguardo de seus núcleos essenciais²⁹¹. A esse respeito, Vieira de Andrade menciona que

“(...) o entendimento e a solução normativa da colisão de direitos fundamentais, dado que passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuem o espaço de ofensa possível e implicam uma protecção relativa dos direitos nas relações interindividuais.”²⁹²

Steinmetz menciona a teoria estrutural dos direitos fundamentais de Alexy como referência obrigatória no que toca ao estudo dos conflitos de tais normas. Trata-se de um modelo que pressupõe a dogmática jurídica calcada em apenas três dimensões, quais sejam: analítica, normativa e empírica²⁹³. Sua base é constituída pela teoria dos princípios e a teoria

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola de Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mai 2015, p. 71.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola de Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mai 2015, p. 70.

²⁹⁰ Aqui, Alexy se refere, especificamente, à jurisprudência constitucional alemã. ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola de Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mai 2015, p. 70.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 146.

²⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 288.

²⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 121.

das posições jurídicas básicas, tendo a primeira grande relevância no que toca à busca de solução para o problema da colisão de direitos fundamentais²⁹⁴.

Antes de adentrar-se à teoria dos princípios, faz-se necessária a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy. Para tal jurista, a principal diferença entre ambas mostra-se quando que da solução dada aos conflitos que as envolvem.

Regras exigem que algo seja feito da maneira exata como ordenam, trazendo em seu conteúdo o seu alcance de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas²⁹⁵. Dessarte, colisões entre regras só podem ser sanadas se uma delas for declarada inválida – através de mecanismos como os enunciados “lei posterior derroga lei anterior” e “lei especial derroga lei geral” –, ou se for introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Isso porque validade jurídica não é graduável: ou a norma é válida ou não é, não sendo factível a coexistência, em um mesmo ordenamento jurídico, de dois juízos opostos um ao outro²⁹⁶.

Assim sendo, são adequadas as seguintes soluções, no que toca a tais conflitos: a) a declaração da não validade de uma das normas (no mínimo) em questão; b) a declaração da aplicabilidade de pelo menos um dos direitos em choque; c) a inserção de uma cláusula de exceção em uma das duas normas²⁹⁷. Para Alexy, as três respostas são inadequadas quando que da busca de elucidação para conflitos de direitos fundamentais, uma vez que os esvazia²⁹⁸.

Por outro lado, ainda segundo Alexy, princípios não trazem em si mandamentos definitivos, exigindo que algo seja realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁹⁹. Referido jurista assevera que se deve atribuir aos direitos fundamentais em colisão estrutura de princípios³⁰⁰. No que toca ao referido conflito, leciona Alexy que a solução deve demonstrar que um dos princípios cedeu face ao outro – o que não significa que o princípio renunciado deverá ser extirpado da ordem jurídica. Em determinadas condições, as quais são demonstradas no caso concreto, um dos referidos

²⁹⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 122.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 104.

²⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 92-93.

²⁹⁷ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 183.

²⁹⁸ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 184.

²⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 104.

³⁰⁰ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 184.

valores terá precedência sobre o outro, de acordo com o peso que demonstre ter no evento a ser analisado³⁰¹.

Importa mencionar que tal precedência não é absoluta, e admite o estabelecimento de exceções³⁰², o que significa dizer que os princípios estão, abstratamente, no mesmo nível, sendo que um ou outro ganhará maior peso de acordo com as especificidades da situação que se busca elucidar. Para Alexy, diga-se de passagem, não seria possível determinar-se a decisão de todo e qualquer caso, o que significaria a existência de uma teoria que se transformaria em uma grande lista de regras para todo caso que envolvesse colisões de direitos fundamentais – o que é impossível dada a ampla capacidade imaginativa do ser humano, aliada ao fato de que tais respostas deveriam contar com a aprovação de todos, o que também se afigura utópico³⁰³.

2.5.1 Da ponderação dos direitos fundamentais em colisão

Consequência do *supra* apresentado é a necessidade de realização de sopesamento entre os interesses em choque, com base na “fixação de condições sobre as quais um princípio tem precedência sobre o outro”³⁰⁴, ao que Alexy denomina de precedência condicionada³⁰⁵. É dessa maneira que, sob dadas condições (C), um princípio P₁ venha a prevalecer sobre o princípio P₂, acaso haja razões que respaldem tal circunstância³⁰⁶. Essa é a alcunhada lei da colisão, a qual traz em seu bojo, segundo Alexy: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”³⁰⁷. O resultado do sopesamento realizado é a formulação de uma “norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de regra e à qual o caso pode ser subsumido”³⁰⁸.

A denominada lei do sopesamento reza que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”³⁰⁹. Se por um lado a lei da colisão traz em seu bojo que os pesos dos princípios são

³⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 93-94.

³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 101.

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 572.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 96.

³⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 96.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 97.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 99.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 102.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 167.

relativos, não sendo determinados de modo absoluto³¹⁰, a lei do sopesamento, noutra banda, diz respeito à importância da satisfação do princípio em choque, prescrevendo, em seguida, um dever³¹¹. Assim é que o balanceamento realizado relaciona-se à “definição de qual deve ser a importância que se deve conferir”³¹² aos direitos fundamentais em jogo.

Sabendo-se que princípios são “mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas”³¹³, tem-se que a proporcionalidade, com suas máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – é dedutível da própria natureza dos princípios³¹⁴. A proporcionalidade em sentido estrito se trata da exigência de sopesamento, que diz respeito à relativização dos direitos em jogo de acordo com as possibilidades jurídicas³¹⁵. Já necessidade e adequação “decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face das possibilidades fáticas”³¹⁶.

A esta altura, impende alertar-se quanto à diferença existente entre proporcionalidade e razoabilidade, sobre a qual tratam juristas como Virgílio Afonso da Silva e Humberto Ávila. Não se pretende, aqui, realizar extensa análise acerca do assunto, por não ser objeto central da presente pesquisa, impondo-se, entretanto, sua menção.

Para Silva, a proporcionalidade, como desenvolvida no contexto da justiça alemã, possui uma estrutura racional, a qual é determinada pela análise independente de seus subelementos – quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, a qual diferencia o referido instituto da simples exigência de razoabilidade³¹⁷.

Para Humberto Ávila, a aplicação da proporcionalidade diz respeito a um juízo “com referência a bens jurídicos ligados a fins”, enquanto a prática da razoabilidade “traduz um juízo com referência à pessoa atingida”³¹⁸. Assim sendo, a proporcionalidade é adequada à análise de relações meio-fim, “na qual um meio *x* pretende alcançar um fim constitucionalmente legítimo *y*, (...) restringindo um princípio constitucional *z*”³¹⁹. A análise

³¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 168.

³¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 169.

³¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 169.

³¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 117.

³¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 117.

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 117.

³¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 118.

³¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 30.

³¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 175.

³¹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 186.

realizada diz respeito, enfim, a dois bens jurídicos protegidos pela Constituição, e à medida adotada para tal custódia³²⁰.

Segundo Steinmetz, aplica-se o princípio da proporcionalidade quando da colisão de direitos fundamentais, uma vez que se tem a análise de uma relação meio-fim em tais casos³²¹. Ademais, os subelementos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito propiciam indicadores de mensuração do controle realizado, o que inexiste na aplicação da razoabilidade, outro motivo pelo qual a proporcionalidade deve ser aplicada ao exame de choque entre direitos fundamentais³²².

Por seu turno, a razoabilidade pressupõe a situação pessoal do indivíduo a quem se aplica a providência a ser controlada – ou seja, trata-se de exame “concreto-individual” em razão da “particularidade ou excepcionalidade do caso individual”³²³, determinado, portanto, pelas “condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos”³²⁴. Diz respeito, dessarte, a uma “condição material para a aplicação individual da justiça”³²⁵.

Tal posicionamento, entretanto, não é pacífico: para Virgílio Afonso da Silva, a razoabilidade corresponde ao exame de adequação, o qual é um dos três subelementos da proporcionalidade³²⁶. Para chegar a tal conclusão, Silva apoiou-se no conceito apresentado por Luís Roberto Barroso para razoabilidade, o qual se traduz na “compatibilidade entre meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”³²⁷. Conforme será visto a seguir, esse exame de meios e fins diz respeito, justamente, à adequação.

Feitas tais considerações, passa-se à breve análise dos subelementos da proporcionalidade em sentido amplo.

³²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 173.

³²¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 187.

³²² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 187-188.

³²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 173.

³²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 174.

³²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999, p. 173.

³²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 33.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **apud** SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 32.

O princípio da adequação (“meio *versus* fim”³²⁸) diz respeito à conformidade do meio escolhido para que se atinja o resultado almejado. Exige que se verifique se a decisão restritiva do direito fundamental (meio) proporciona o alcance da finalidade almejada (fim)³²⁹. Tal enunciado, ainda, impõe que uma medida restritiva de direitos fundamentais, para que seja válida, seja apta a atender uma finalidade constitucionalmente legítima³³⁰. Para Virgílio Afonso da Silva, a adequação trata da fomentação da realização de dado objetivo, ainda que tal propósito não seja alcançado³³¹. Assim sendo, uma medida é tida por inadequada, para o referido autor, quando não contribuir em nada para a promoção da finalidade pretendida³³².

Por sua vez, o princípio da necessidade (“meio *versus* meio”³³³), também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível e da intervenção mínima³³⁴, reza que um ato que limite um direito fundamental só deve ser realizado acaso não exista outro que promova o objetivo desejado, com a mesma intensidade, limitando em menor medida o direito atingido³³⁵.

Assim, são quatro as notas essenciais do princípio da necessidade: 1) ingerência ou intervenção mínima no exercício do direito fundamental por seu titular; 2) a existência (ou possibilidade de haver) medida alternativa menos onerosa; 3) comparabilidade das medidas restritivas, adotando-se a prejudicialidade e, em seguida, a eficácia das providências em análise a fim de exercer tal cotejo; 4) dimensão empírica, cujo juízo indica qual é o meio menos deletério³³⁶.

A necessidade pode se dar pela proibição do excesso ou pela vedação da insuficiência. A primeira diz respeito à prática da providência que menos restrinja o direito fundamental em questão, bem como impede exageros quando da implementação de certos

³²⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188.

³²⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

³³⁰ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 374.

³³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 36-37.

³³² SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 37.

³³³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188.

³³⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

³³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 39.

³³⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 151.

direitos, tais como os sociais³³⁷. Já a última trata da obrigação que tem o poder público de adotar medidas suficientes para reprimir irrupções a direitos fundamentais³³⁸.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (“meio *versus* fim”³³⁹) é o exercício da ponderação propriamente dito, o qual se relaciona à análise dos interesses envolvidos a fim de que se encontre a melhor solução, do ponto de vista constitucional, descrita em “argumentação coerente, consistente e convincente”³⁴⁰. Consiste, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, em um “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”³⁴¹. Trata, enfim, do exame da racionalidade entre a medida adotada (bem como os efeitos que ela produz sobre o direito fundamental afetado) e a finalidade perseguida³⁴². Propicia a limitação da atividade jurisdicional, através da verificação da legitimidade da decisão judicial³⁴³.

Para que uma decisão seja considerada desproporcional, basta que sua fundamentação não tenha peso suficiente para respaldar a limitação do direito fundamental impactado³⁴⁴.

A aplicação da proporcionalidade, para Steinmetz, passa por três passos³⁴⁵: o primeiro consiste na verificação da existência de conflito entre direitos fundamentais ou bens protegidos constitucionalmente, a fim de que reste aclarado se a finalidade que se almeja alcançar com a decisão normativa, legislativa ou judicial está amparada pela Lei Maior. A seguir, busca-se identificar as circunstâncias relevantes do caso concreto. Então, passa-se à análise sucessiva de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nesta ordem, a fim de se preservar a progressão lógica que tais subelementos guardam entre si. Na terceira e última etapa, havendo colisão de direitos fundamentais, fundamenta-se racionalmente o resultado da ponderação realizada, que é a precedência condicionada de Robert Alexy.

³³⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 375.

³³⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 377.

³³⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 188.

³⁴⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 380.

³⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 42.

³⁴² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

³⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 381.

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 42.

³⁴⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 153-154.

A interpretação constitucional, calcada nos postulados da unidade da Constituição e da concordância prática, apresenta-se insuficiente para a resolução de conflitos de direitos fundamentais, fazendo-se necessária a ponderação de tais normas³⁴⁶. Trata-se de método que “consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito”³⁴⁷, buscando-se determinar que bem jurídico, e em que medida, irá preponderar. Diferencia-se da interpretação por tratar-se essa de atividade que diz respeito à “reconstrução e qualificação dos interesses ou bem conflitantes”, a qual busca, posteriormente, “atribuir um sentido aos textos normativos”, bem como sua aplicação ao caso concreto³⁴⁸.

A ponderação é o exercício de elaboração de critérios de ordenação, os quais, diante de determinados contextos normativos e fáticos, irão trazer uma solução justa para o conflito que se busca dirimir³⁴⁹. Trata-se, assim, da busca pela resolução de “‘casos de tensão’ entre bens jurídicos juridicamente protegidos”³⁵⁰.

Canotilho nomeia algumas das razões pelas quais a ponderação se trata de verdadeira viragem metodológica no que toca à dogmática constitucional:

“(1) inexistência de uma ordenação abstracta de bens constitucionais, o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens, de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) *formatação principal* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de ‘concordância’, ‘balanceamento’, ‘pesagem’, ‘ponderação’ típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de ‘tudo ou nada’); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução de conflitos.”³⁵¹

A pluralidade de valores presente em uma sociedade, a qual advém das diversas orientações filosóficas, políticas e ideológicas dos indivíduos que a compõem, é um dos fatores a tornar inviável a formulação de uma tábua de valores que se sobrepõem

³⁴⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

³⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1237.

³⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1237.

³⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1236-1237.

³⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1237. Grifos constantes do original.

hierarquicamente, uma vez que a existência de tal catálogo significaria “a imposição estatal, via Poder Legislativo ou via Poder Judiciário, de um paradigma filosófico-jurídico não fundamentado constitucionalmente”³⁵². Nesse contexto, a técnica de ponderação ganha relevo, por constituir-se em processo racional de balanceamento de interesses.

A esse respeito, Steinmetz enumera alguns pressupostos básicos, os quais são requeridos quando que da realização da ponderação:

“(1) a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, restrição ou até mesmo a não realização do outro; (2) a inexistência de uma hierarquia abstrata, *a priori*, entre direitos em colisão; isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva e *ex ante*, prescindindo das circunstâncias do caso concreto.”³⁵³

Referido jurista menciona, ademais, que a ponderação não se trata de uma comparação de bens jurídicos embasada em uma escala hierárquica prévia – ao que tal autor nomeia “ponderação concreta de bens”³⁵⁴.

Ensina-nos Alexy, por seu turno, que a ponderação divide-se em três momentos ou estágios: primeiramente, determina-se qual o grau de não satisfação ou de detrimento de um dos princípios. Em seguida, estabelece-se a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Por fim, estipula-se se a satisfação de um dos princípios justifica a não satisfação do outro³⁵⁵.

Anote-se, outrossim, que a literatura não costuma diferenciar proporcionalidade e ponderação. Para Steinmetz, ponderação dá-se, de modo especial, mediante controle de proporcionalidade em sentido amplo³⁵⁶, pensamento tido como majoritário na doutrina constitucional^{357 358}. Para Mendes e Branco, “definir quando um direito fundamental incide

³⁵² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 120.

³⁵³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142.

³⁵⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 143.

³⁵⁵ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 12, jun. 2013, p. 136.

³⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 145.

³⁵⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 144.

³⁵⁸ Em sentido diverso: SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 178-179.

numa relação entre particulares demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade”³⁵⁹.

Acerca dos conflitos entre direitos fundamentais envolvendo particulares, André Rufino do Vale faz importante observação no que toca ao fato de ser praticamente impossível não se admitir a livre disposição de tais direitos, diferentemente do que ocorre no âmbito das relações entre indivíduo e Estado³⁶⁰. Nesse sentido, assevera que

“a aplicação indiscriminada dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas restringiria a projeção livre da personalidade de modo intolerável, anularia a liberdade em nome da mesma liberdade. Só o Estado paternalista é que se atribui a si próprio a missão de defender os cidadãos contra si próprios numa extensão tão grande quanto possível. É exatamente o respeito pela autonomia da vontade e pela dignidade do indivíduo que exige o acatamento daquelas limitações às quais os indivíduos se tenham vinculado livremente, sem excluir entre aquelas, mesmo algumas que o Estado não teria podido impor por si mesmo unilateralmente aos seus cidadãos. É evidente que a própria dignidade, de tal maneira, não resulta afetada.”³⁶¹

Nesse diapasão, a já mencionada eficácia mediata dos direitos fundamentais será pleiteada a fim de que se defenda a autonomia privada e a possibilidade de que direitos fundamentais possam vir a ser renunciados quando os indivíduos assim o desejem, “de modo a afastar qualquer pretensão de uma proteção paternalista desses direitos, ou, melhor dizendo, para evitar um possível ‘totalitarismo dos direitos fundamentais’”³⁶². Dessarte, necessário se faz que a eficácia das normas fundamentais seja “matizada”, a fim de se conferir máxima proteção à autonomia privada e aos demais direitos fundamentais envolvidos³⁶³.

A esse respeito, impende mencionar que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, motivo pelo qual não é possível recusar a titularidade de referidas garantias. O que pode ser admitida é a abnegação ao exercício de dado direito ou determinadas posições protegidas pelo direito fundamental, desde que observados certos limites³⁶⁴. Respalda tal fato o princípio da autonomia e autodeterminação individual, o qual modela os direitos

³⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

³⁶⁰ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 197.

³⁶¹ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 197.

³⁶² VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 198.

³⁶³ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 198.

³⁶⁴ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 199.

fundamentais, permitindo, pois, que o titular disponha do exercício de algumas dessas garantias³⁶⁵.

Nesse passo, menciona Reis Novais que o ato de dispor de direitos fundamentais é assegurado pela expressão do livre desenvolvimento da personalidade individual, bem como pelo próprio fato de que o sujeito considera mais importantes os fins concretizáveis pelo não exercício do que pelo desempenho da garantia³⁶⁶. O desafio, em tal seara, é diferenciar os momentos em que devem prevalecer a autonomia do indivíduo e aqueles em que deve ele ser protegido, em decorrência da disposição de um direito fundamental conseguinte à mera sujeição do titular da garantia a outrem³⁶⁷, sendo certo afirmar-se que referido recorte é de suma importância para o presente estudo.

Como bem apontado por Daniel Sarmento, as ações entre os particulares são determinadas, muitas vezes, pelos sentimentos próprios de cada sujeito, além de preferências subjetivas, motivo pelo qual os limites a serem estabelecidos quanto à aplicação dos direitos fundamentais às inter-relações privadas dá-se por ponderação com a autonomia privada em sentido amplo³⁶⁸. Tal sopesamento é concretizado, primeiramente, pelo legislador ordinário, e apenas em caso de inexistência de previsão legal acerca dos valores em jogo é que a competência é transferida ao Poder Judiciário³⁶⁹, o qual, por intermédio de seus juízes, acaba por realizar uma “análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”³⁷⁰.

A subjetividade inerente às ações humanas é particularmente significativa na análise do exercício das liberdades de crença e de consciência frente aos direitos relativos à vida e à integridade física, objetos do presente estudo. Nesse tocante, relevante é a observação realizada por Daniel Sarmento, acerca do fato de que embora a ponderação envolva a aferição

³⁶⁵ VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 199.

³⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. **apud** VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 200.

³⁶⁷ MENDES, Laura Schertel. **Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso de direitos fundamentais como um discurso de liberdade**. *Direito Público*, n. 13, jul.-set. 2006, p. 122. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/418/904>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 259-260.

³⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 261.

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **apud** SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 261.

da importância relativa de cada bem jurídico envolvido na colisão analisada, tal valia não é imutável no que tange aos direitos fundamentais em jogo, já que inexiste, inscrita na Constituição, uma escala de valores estanque quanto a referidas normas, o que faz com que o peso atribuído a cada direito varie a depender de dadas circunstâncias reais³⁷¹.

Exemplo de referida variabilidade é, precisamente, aquela que diz respeito à recusa de dado tratamento médico motivada por questões de consciência ou crença religiosa, conforme procurar-se-á demonstrar durante o exame do caso concreto, objeto do próximo capítulo. Desde já, entretanto, adianta-se que não é possível atribuir a tal situação um peso unívoco, distante das características peculiares dos episódios reais.

Afinal, parece haver uma larga discrepância entre as circunstâncias em que o sujeito que não deseja se submeter à terapêutica em jogo é o próprio indivíduo que o faz motivado por sua consciência ou credo, e aquelas em que a pessoa a quem se busca negar dada intervenção é terceiro tutelado por outrem, o qual, também amparado por móvel de foro íntimo, procura deter a equipe de saúde de realizar o tratamento objetado naquele que está sob seu cuidado. Esse é o preciso fulcro do capítulo seguinte, o qual versa sobre a análise de caso prático e em que medida incide a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ante a situação de colisão de tais garantias.

³⁷¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 260.

3 DA APLICABILIDADE DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS CASOS CONCRETOS

O derradeiro capítulo deste estudo visa à análise da aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao cenário ora proposto – qual seja, no embate entre o direito à vida de terceiro impedido de expressar sua vontade quanto a receber dado tratamento médico, e o direito às liberdades de consciência e de crença de que gozam seus representantes legais, materializado no instituto da objeção de consciência.

Inicia-se tal digressão com uma reflexão acerca da relação entre autonomia de vontade e o direito à recusa de tratamento médico em nome de outrem. Passa-se, então, ao estudo da subsunção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais à situação *supra* exposta, bem como à apresentação do arcabouço infraconstitucional que respalda o posicionamento que aqui se defende: de que o direito de terceiro à vida é obstáculo à objeção de consciência alegada por seus representantes legais.

Por fim, será exposto caso concreto julgado em meados de 2014, o qual versa exatamente sobre o conflito de direitos fundamentais tratado nesta monografia. Busca-se, ainda, atestar de que modo a teoria dos três níveis de eficácia, proposta por Robert Alexy, se encaixa à mencionada situação.

3.1 Da autonomia da vontade *versus* o direito à recusa de tratamento em nome de terceiro

Para Hogemann, o Estado, ao desempenhar papeis interventivos-coercitivos que interfiram na liberdade de agir dos indivíduos, está amparado pelo princípio do paternalismo – o que seria justificado pelos argumentos do “bem-estar ou bem comum, da felicidade coletiva, das necessidades ou dos valores das pessoas”³⁷².

Em Medicina, o paternalismo visa a toda conduta profissional que tenha por escopo o benefício ao paciente e a preservação de sua vida, independente de seu consentimento ou de sua escolha³⁷³. Tal praxe passou a ser questionada a partir do momento em que se passou a enfatizar a autonomia da vontade do indivíduo em tratamento, o que se deu, por sua vez, com o advento da percepção do ser humano como sujeito, e não como objeto

³⁷² HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos**: clonagem humana. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

³⁷³ HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos**: clonagem humana. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

da beneficência ínsita à prática médica³⁷⁴. Referida troca é atribuída, ainda, à importância conferida às liberdades de crença e consciência hodiernamente³⁷⁵.

É em Habermas que se encontra o recorte teórico mais adequado à presente pesquisa no que toca ao conceito de autonomia privada. Para o referido autor, mencionada definição alude a “uma cápsula protetora para a liberdade ética do indivíduo, para o próprio projeto existencial de vida ou, nas palavras de Rawls: para seguir a própria ideia de bem”³⁷⁶. Trata-se de autonomia de caráter moral quando os cidadãos dela se utilizam a fim de que todos possam desfrutar das liberdades subjetivas de modo simétrico³⁷⁷.

A dita autonomia moral, sob o ponto de vista bioético, relaciona-se “a) ao sujeito como autor de seus princípios morais; b) a quem escolhe seus princípios morais, dentro daqueles disponíveis; c) a quem não aceita nenhuma autoridade moral sem análise prévia e pessoal”³⁷⁸. A autonomia moral, que visivelmente apresenta estreita relação com o livre desenvolvimento da personalidade, o qual, por sua vez, é corolário da dignidade da pessoa humana, deve ser entendida, ao nosso ver, de modo tão amplo quanto seja possível, a fim de que o Estado esteja, de fato, para a vontade da pessoa, e não o contrário, conforme leciona Duque³⁷⁹. Reconhece-se, assim, que a dignidade da pessoa humana

“realiza-se na ordem jurídica a partir do momento em que é capaz de assegurar à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser autônomo e autorresponsável, livre da submissão ao poder de outras pessoas, e sem que seja guinada a mero meio para realização de finalidades coletivas”³⁸⁰.

Avançando-se em direção ao objeto desta pesquisa – qual seja, o direito à vida e suas ramificações - aduz Fonseca que não há justificativa para, em um Estado laico, obrigar-se um indivíduo autônomo a submeter-se a uma conduta clínica que lhe soe indesejada,

³⁷⁴ HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

³⁷⁵ RIVERO, Rafael Ojeda. Autonomía moral y objeción de conciencia en el tratamiento quirúrgico de los testigos de Jehová. **Cuadernos de Bioética: Revista Oficial de La Asociación Española de Bioética Y Ética Médica**, Madri, n. 23, set. 2012, p. 658.

³⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 311.

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 311.

³⁷⁸ HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

³⁷⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 241.

³⁸⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

independentemente do que motiva a escusa, não cabendo a quem quer que seja, que não o próprio sujeito, a propriedade de seu corpo³⁸¹.

É nesse sentido que os artigos 11 e 13 da Lei Civil em vigência no Brasil devem ser, a nosso ver, entendidos com cautela. A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade – os quais abarcam o direito à vida – e os atos de disposição do próprio corpo não devem, em um Estado laico, ser vistos como mandamentos absolutos, que não resvalam nas liberdades que são concedidas constitucionalmente a todo cidadão brasileiro.

Se tais liberdades, evidentemente, também não podem ser vistas como irrestritas, parece-nos claro que a fim de que desfrute plenamente ao direito à autonomia, não se pode impor ao indivíduo que se sujeite a dado tratamento médico que implique em atingir suas mais cálidas convicções internas – ainda que isso resulte no perecimento do sujeito em questão. Afinal, “só uma visão estática da personalidade poderia levar a uma categorização absoluta do exercício dos direitos que lhe são próprios”³⁸².

Sem que se busque, aqui, aprofundar o tema, uma vez que não consiste no objeto último desta monografia, registre-se que o posicionamento defendido, neste momento da pesquisa, é o de que todos têm direito a uma morte digna. A morte é decorrência do ciclo natural da vida. Se para que exercite todos os demais direitos o indivíduo precisa estar vivo, não nos parece adequado remetermo-nos aqui ao conceito de vida enquanto existência puramente biológica, mas sim àquele que abarque a pessoa em sua amplitude psíquica, moral e espiritual. Dessa forma, é essencial que o aplicador do Direito se distancie do conceito cristão de necessidade de se buscar preservar a vida acima de tudo, para que considere a laicidade do Estado e de suas leis, bem como o ser humano a quem é remetido o feito que tenha por fulcro o embate dos direitos à vida e à liberdade de crença e consciência.

Conclui-se, portanto, que nos casos em que o sujeito a clamar pela objeção de consciência, a fim de que não seja clinicamente tratado de dada forma, for aquele cuja vida está em discussão, deve prevalecer sua vontade ainda que isso signifique um largo passo em direção ao próprio óbito – desde que isso ocorra, evidentemente, dentro dos lindes do esclarecimento médico a que todo paciente tem direito.

³⁸¹ FONSECA, Ana Carolina Costa e. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. **Revista Bioética**, v. 19, n. 2, 2011, p. 491.

³⁸² GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

Tal desfecho encontra respaldo, inclusive, no Código de Ética Médico atualmente em vigor, o qual reza, em seu artigo 24, que é vedado ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”³⁸³. Sob essa mesma ótica, pondera Gisele Mendes de Carvalho em análise atinente ao caso específico das Testemunhas de Jeová:

“Em princípio, a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada, sob pena de incorrer o médico nas sanções do delito de constrangimento ilegal, desde que tenha oferecido ao paciente outros tratamentos alternativos, ainda que mais custosos e arriscados. Ausentes outras opções terapêuticas, a pergunta fundamental é se a recusa a receber a transfusão pode ser qualificada como atitude suicida. Tem-se, para logo, que as testemunhas de Jeová, ainda que de modo indireto, admitem a possibilidade de superveniência da própria morte, se considerado que, ante a extrema urgência da situação, não lhes restam outras opções senão aceitar a transfusão ou morrer – fosse o suicídio um ato típico, o elemento psíquico, nessas hipóteses, equivaleria ao dolo eventual. Surgiria assim um conflito de interesses perante o facultativo, que deve escolher entre proteger a vida do paciente ou respeitar sua liberdade religiosa – todavia, considerando-se que a tutela do direito à vida levada a cabo pela Constituição não abrange a manutenção da vida contra a vontade do seu titular em condições desumanas ou degradantes, o princípio da dignidade humana funciona como critério de correção, permitindo que se imponha o respeito à liberdade de crença, sem que se possa falar aqui num delito de omissão de socorro ou de auxílio ao suicídio por omissão. Caso insistisse em consumir a transfusão sangüínea, incorreria o médico nas penas do delito de constrangimento ilegal.”³⁸⁴

Apesar de todo o registro feito até aqui, há que se reconhecer que mesmo a autonomia possui limites a ela imanentes, como é o caso do direito de outrem, o qual se impõe como estremadura às liberdades outorgadas a todos pela Lei Maior. Conforme *retro* exposto, um dos momentos de realização da autonomia moral relaciona-se ao indivíduo como autor de seus princípios morais, aspecto esse que adentra as “escolhas de estilos de vida *que não prejudiquem terceiros*”³⁸⁵. Afinal, “temos direito à vida em relação aos outros, no sentido de que os outros não podem tirar nossa vida”³⁸⁶.

Aduz Dworkin que a autonomia incita e resguarda a aptidão dos indivíduos de conduzirem suas vidas conforme a percepção inerente ao próprio caráter, do que é importante

³⁸³ BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931 de 24 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

³⁸⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, 2001, p. 162-163.

³⁸⁵ HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos**: clonagem humana. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101. Grifou-se.

³⁸⁶ FONSECA, Ana Carolina Costa e. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. **Revista Bioética**, v. 19, n. 2, 2011, p. 492.

para eles mesmos³⁸⁷. Conduzir a própria vida por rumo condizente com suas íntimas convicções é, conforme defendido anteriormente, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual orienta todo o ordenamento jurídico atualmente válido. Tal liberdade, entretanto, cessa no momento em que o sujeito em questão – qual seja, o objetor - passa a representar outrem, esse por sua vez impedido, por qualquer motivo, de expressar seu desejo no que tange a tratamento médico necessário à sua sobrevivência.

É esse o preciso objeto do presente capítulo, que tem por propósito desvendar como a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se aplica ao atrito envolvendo os direitos à vida de dado indivíduo, de um lado, e à objeção de consciência de seu representante, por outro. Trata-se, portanto, de demonstrar que se trata de uma limitação razoável a um direito fundamental, que não busca, de modo vazio e injustificado, rechaçar a liberdade de escolha de um sujeito. Parte-se do pressuposto apontado por Barroso, o qual nos ensina que “a indisponibilidade dos direitos fundamentais não resulta de um mandamento constitucional”³⁸⁸, devendo-se esmiuçar o caso concreto a fim de buscar a melhor solução para a contraposição em questão.

3.2 Análise da subsunção da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao caso proposto: a importância da teoria integradora de Robert Alexy e do efeito de irradiação dos direitos fundamentais à legislação infraconstitucional

A aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aos casos reais envolvendo o conflito existente entre vida de terceiro, de um lado, e consciência e crença, do outro, está em consonância com a teoria integradora, ou dos três níveis de efeitos, proposta por Robert Alexy, conforme procurar-se-á demonstrar no presente capítulo. Apesar de a discussão acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares estar “longe de assumir contornos dogmáticos claros”³⁸⁹, esse parece ser o recorte teórico que mais se aproxima do adotável quando se busca a subsunção da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao cenário proposto nesta pesquisa.

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 319.

³⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Rio de Janeiro: abr. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2015.

³⁸⁹ MENDES, Gilmar F. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan *et al* (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

Para Alexy, “analisar a eficácia horizontal é analisar o significado que as normas de direitos fundamentais têm para o sistema jurídico”³⁹⁰. Ao esmiuçar referida questão, tal autor parte da problemática atinente a *como* e em que *extensão* se dão os efeitos produzidos pelos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. A questão de *como* se trata de um problema de construção, enquanto aquela referente à *extensão* “formula um problema material de colisão”³⁹¹.

Na teoria ora em análise, convergem as teorias dos efeitos mediato, imediato e de proteção, para uma equivalência de resultados relacionada ao fato “de as três construções jurídicas reconhecerem que a gradação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares decorre de uma ponderação de bens”³⁹².

Para Alexy, é falsa a hipótese que aduz que apenas em uma das três mencionadas ideias se encontra a solução para todo conflito envolvendo direitos fundamentais entre particulares³⁹³. Assim sendo, propõe a tese dos três níveis de efeitos, na qual “não existe relação de grau, mas de mútua implicação”³⁹⁴, uma vez que cada qual abarca um aspecto da mesma questão³⁹⁵. A escolha do efeito que melhor se encaixa ao caso concreto é questão de conveniência³⁹⁶.

Alude o precitado professor que a eficácia mediata dos direitos fundamentais tem como destinatário o juiz, uma vez que trata tais garantias como valores constitucionais – o que se materializa no preenchimento de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados³⁹⁷. Vincula, assim, os Poderes Públicos às normas fundamentais.

³⁹⁰ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 510.

³⁹¹ CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.66.

³⁹² CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.66.

³⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 533.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 533.

³⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540.

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540.

³⁹⁷ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 512.

Já a eficácia imediata, para Alexy, tal como proposta por Nipperdey, sugere que dos direitos fundamentais advêm direitos subjetivos privados que se aplicam aos particulares, tendo como destinatário também o juiz³⁹⁸. Ensina-nos o catedrático alemão que

“os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros.”³⁹⁹

Expõe Alexy, ademais, acerca da teoria dos efeitos de proteção, cujo expoente é Jürgen Schwabe, a qual diz respeito aos direitos fundamentais como direitos de defesa – “direitos em face do Estado que sejam relevantes do ponto de vista dos efeitos perante terceiros”⁴⁰⁰. Para Schwabe, as violações de normas fundamentais ocorridas entre particulares devem ser atribuídas ao Estado, uma vez que a tal ente cabe criar e impor normas de direito privado⁴⁰¹. Assim, é dirigida ao Poder Legislativo e, também, ao Poder Judiciário. Afinal,

“para que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o efeito dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais no direito privado seja consistente, é necessário que uma tal conexão exista. Se essa conexão não existisse, o tribunal não poderia ter constatado, na parte dispositiva da decisão Lüth, que a decisão do Tribunal Civil violara o direito fundamental do recorrente, em virtude do art. 5º, § 1º, 1, da Constituição alemã.”⁴⁰²

De se ver, portanto, que a teoria dos três níveis de efeitos proposta por Alexy gira em torno dos seguintes eixos: cabe ao Estado editar normas que materializem os direitos fundamentais e sejam hábeis a contornarem os conflitos existentes entre tais normas quando da inter-relação entre os particulares; direitos fundamentais existem como princípios que podem acarretar em direitos subjetivos que se aplicam aos cidadãos em suas relações; por fim, os direitos fundamentais existem como valores que se espraiam nas sentenças judiciais quando do preenchimento de conceitos jurídicos vagos.

Conforme será exposto nos tópicos seguintes, o ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro é rico em dispositivos legais que amparam o direito à vida de terceiro que se vê acometido de patologia que depende de determinado tratamento médico,

³⁹⁸ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 513.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 539.

⁴⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 534.

⁴⁰¹ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 513.

⁴⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 534.

mas cuja família, ou cujos representantes, por questões de consciência ou crença que lhes são próprias, buscam evitar que aquele sujeito receba o cuidado clínico que se choca com tais convicções. Referido sopesamento, ocorrido no âmbito da legislação infraconstitucional, embora trate do nível de eficácia mediato, tem como resultado final efeitos *imediatos* dos direitos fundamentais envolvidos nas relações entre particulares, segundo ensina-nos Alexy, a exemplo do que ocorre, também, com relação aos demais níveis⁴⁰³.

Assume-se, assim, o ordenamento jurídico infraconstitucional como concretização imediata dos preceitos fundamentais elencados na Carta Magna nacional, na qual ocorreu a primeira ponderação atinente aos temas aqui sugeridos. Ao juiz, quando da apreciação do caso concreto, cabe observar tais normas jurídicas e, unindo-as aos princípios que norteiam a aplicação do Direito, trazê-las à realidade – ainda que isso envolva um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais em apreço, já que, insista-se, não há lei específica a disciplinar o conflito entre vida e objeção de consciência. É precisamente nesse ponto que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy ganha relevância: afinal, referida hipótese reconhece no contrabalanço entre os direitos envolvidos ato de suma importância para a definição da medida em que as normas constitucionais em discussão serão aplicáveis ao caso concreto.

A mero título de exemplificação, neste momento, menciona-se o quadro envolvendo o direito à vida de uma criança cujos pais não aceitam que receba transfusão sanguínea, consequência do exercício atinente ao direito de crença que lhes é assegurado pela Lei Maior. Uma ponderação irrefletida acerca do tema poderia levar ao posicionamento de que, dado o direito ao pátrio poder, os genitores teriam direito a impedirem tal conduta médica, ante a assinatura de um termo de responsabilidade com consentimento livre e esclarecido. Ocorre que o legislador infraconstitucional, buscando concretizar diretamente direitos fundamentais e outras normas constitucionais, elencou uma série de dispositivos legais que dá respaldo ao julgador no que toca ao entendimento oposto: vida, saúde e integridade física da criança constituem-se em limites ao pátrio poder, que deve ser orientado sempre pelo melhor interesse do infante – o que decerto não se coaduna com a ideia de perecimento do menor dada à convicção religiosa de seus responsáveis.

O tema *supra* será esmiuçado em tópico específico, mas foi aqui utilizado para ilustrar que a situação de conflito entre vida e objeção de consciência, embora não diretamente abarcada pela legislação nacional, encontra reflexos no ordenamento jurídico, os

⁴⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540.

quais resultam na eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares envolvidos, uma vez que dão voz e o devido peso às referidas normas constitucionais.

Para Steinmetz⁴⁰⁴, como os envolvidos na relação ora proposta são, ambos, titulares de direitos fundamentais, a eficácia de tais garantias deve ser matizada, de modo que sua medida deve ser definida por ponderação ou sopesamento. Ademais, aduz Alexy⁴⁰⁵ que nenhum dos *retro* expostos níveis se sobrepõe aos demais, sendo que todos conduzem a um mesmo resultado: o efeito perante terceiros será sempre um efeito direto. Afinal de contas, as obrigações entre os particulares surgem de princípios constitucionais contidos nas normas de direitos fundamentais, que se não existissem não conduziriam a tais deveres.

Como defende ser impossível que houvesse efeitos diretos entre os cidadãos, porquanto não se pode esperar que um particular crie ou deixe de criar leis⁴⁰⁶, Alexy demonstra que

“há determinados direitos e não direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação cidadão/cidadão, **os quais não existiriam sem essas razões.** (...) efeitos diretos decorrem tanto da teoria dos efeitos indiretos quanto da teoria dos efeitos mediados pelo Estado.”⁴⁰⁷

É dessa forma que a conclusão a que se chega, nesse momento da pesquisa, é a de que o efeito de irradiação dos dispositivos constitucionais reflete de modo suficiente a vontade do Estado em proteger a vida de terceiro quando seus representantes buscam negar-lhe certos cuidados médicos em decorrência de suas íntimas convicções. Ainda que não exista, no Brasil, lei que discipline diretamente o conflito entre vida e objeção de consciência, existe amplo arcabouço jurídico hábil a respaldar o posicionamento que ora buscamos defender: o de que tal situação se constitui em um limite claro ao exercício do direito fundamental às liberdades de crença e consciência, conforme procurar-se-á expor a seguir.

3.3 Arcabouço legal infraconstitucional: pacientes adulto e pediátrico

Busca-se apresentar, nesse tópico, as irradiações infraconstitucionais que respaldam a proteção ao direito à vida de que goza terceiro, em situação na qual seu

⁴⁰⁴ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 515.

⁴⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540.

⁴⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 538.

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 539. Grifou-se.

representante alega escusa de consciência a fim de que aquele indivíduo não se submeta a determinada conduta clínica alegadamente eficaz para tratamento de dada patologia.

Tais casos são especialmente sensíveis quando o sujeito cuja vida está em jogo se trata de menor de idade, uma vez que pesa tanto a sua dita incapacidade para opinar acerca dos próprios rumos quanto o pátrio poder atribuído, também legalmente, a seus genitores. Apesar disso, tratar-se-á, neste momento da pesquisa, não só do referido cenário, mas também daquele que concerne aos direitos do paciente adulto inapto a expressar sua vontade, estando a depender, portanto, de representante que por ele decida sobre a mencionada questão.

Tanto em um cenário quanto em outro, tem-se amparo constitucional nos direitos à vida e seus corolários, quais sejam, saúde e integridade físico-corporal e existência – tema esse desenvolvido no capítulo primeiro do presente estudo.

Passa-se, a seguir, à análise do esqueleto infraconstitucional que apoia o direito que tem o indivíduo a receber tratamento médico, em que pesem as manifestações de seus representantes em sentido contrário. Trata-se da verificação direta do denominado efeito de irradiação dos direitos fundamentais, abordado no segundo capítulo desta monografia, tido como principal característica da dimensão jurídico-objetiva de tais normas constitucionais. Tem-se, assim, a Constituição como ordem de valores, da qual emanam os conteúdos a serem desenvolvidos na legislação infraconstitucional, responsável pela concretização dos mencionados comandos fundamentais.

3.3.1 O caso do paciente adulto

É certo que a proteção contra imposição de recusa a tratamento médico, alegada por familiares ou demais responsáveis de paciente adulto, em caso de iminente perigo de vida de tal indivíduo, encontra amplo respaldo infraconstitucional.

No âmbito jurídico-penal, configura omissão de socorro, conforme descrito no artigo 135 da lei nº 2.848/1940, o ato de negar auxílio ao sujeito quando se sabe que a ele será imposta determinada conduta médica, com a qual os familiares ou responsáveis não concordem, em decorrência de suas crenças. Ademais, constitui causa de aumento de pena o cenário em que o sujeito perece em virtude de tal ausência de agir, consoante disposição do parágrafo único do mencionado preceito legal, a seguir colacionado, *in verbis*:

“Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida,

ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.⁴⁰⁸

Não se olvide que referida descrição típica é suportada pelo que reza o artigo 13, parágrafo 2º, do aludido *codex*, o qual se refere à relevância jurídica da omissão:

“§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (...)”⁴⁰⁹

Nota-se, portanto, que a omissão é tida como criminalmente imputável àquele que tem a obrigação de agir para evitar um resultado. Isso é válido para aquele que, podendo, deixa de encaminhar o sujeito a atendimento médico especializado por pré-conceber que a conduta clínica à qual tal indivíduo será submetido ofende a preceitos religiosos ou de outra ordem de convicção interna que lhe são de alta estima.

Assim sendo, não se pode, com amparo no instituto da objeção de consciência, presumir pela recusa do tratamento médico quando o indivíduo se encontra em estado tal que não possa exprimir sua vontade – e isso é veraz tanto para familiar ou pessoa próxima que tenha assumido obrigação de cuidado quanto para o próprio médico, o qual, diante de situação na qual a vida do paciente se encontre em grave perigo, tem o dever de agir buscando contornar o quadro que se apresenta diante de si, se isso for possível.

Enquanto resta cristalino que a mera solicitação de tratamento alternativo não constitui a conduta ilícita acima elencada, não há dúvidas, por todo o exposto, de que a não condução da pessoa enferma a local em que possa ser tratada perfaz o delito de omissão, cujo sujeito passivo se trata de “qualquer pessoa em grave e iminente perigo”⁴¹⁰.

Demais disso, a proteção ao terceiro em situação de risco de vida aparece no *Codex* penal como excludente de ilicitude atinente ao crime de constrangimento ilegal, tratado no artigo 146 do mencionado diploma. Noutras palavras, não se está a afetar a

⁴⁰⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴⁰⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴¹⁰ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo> Revista dos Tribunais, 2014, p. 736.

autodeterminação do indivíduo quando, em situação de emergência, se administra determinado tratamento que tenha por escopo salvar a sua vida, apesar de tal conduta não ter sido autorizada por seus representantes:

“Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

(...)

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”⁴¹¹

Mais uma vez é notória a preocupação do legislador em fazer valer o direito fundamental à vida e à saúde de terceiro através de mecanismos ínsitos à política criminal, os quais têm por escopo assegurar que, em episódio que envolva perigo de vida, não exista a possibilidade de ser-lhe negada, a mando daqueles que estão a agir em seu interesse, a administração de intervenção terapêutica que tenha potencial para salvá-lo.

A fim de conferir respaldo à atuação do iátrico que se vê diante de tal cenário, o Conselho Federal de Medicina editou, no Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/09 – CFM), mandamentos que autorizam o profissional a agir de maneira a buscar retirar o indivíduo moribundo do aludido quadro, a despeito de manifestações de seus familiares ou demais representantes:

“É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, **salvo em caso de risco iminente de morte.**

(...)

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, **salvo em caso de iminente risco de morte.**⁴¹²

⁴¹¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

Por fim, passa-se ao exame do que dispõe a lei civilista em vigência sobre o assunto ora exposto. Em que pese a crítica *retro* realizada quanto ao artigo 11 de tal Código, não se pode ignorar que é neste mesmo dispositivo legal que se encontra clara limitação quanto à intransmissibilidade dos direitos de personalidade – os quais, para Sílvio Salvo Venosa são “direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos”⁴¹³, consistindo-se nos direitos “à vida, à própria imagem, ao nome e à privacidade”⁴¹⁴.

Assim sendo, embora tenhamos defendido no início deste capítulo, em breves linhas, a flexibilidade do conceito de “intransmissível” no que tange a tais direitos, evidencia-se que essa característica é fundamental no que toca à proteção de sujeitos enfermos em situações nas quais precisem que seus representantes por eles intervenham, a fim de que recebam a tutela clínica adequada. Ora, à exceção da situação já exposta em momento anterior, parece-nos defeso que a transmissibilidade a que aqui se reporta seja hábil a permitir que se possa conceder a terceiros o direito de, respaldados pelo direito fundamental à objeção de consciência, negar à equipe médica, sem autorização do enfermo, autorização no que toca ao tratamento mais certo àquela condição patológica sem que isso importe em sanções legalmente previstas.

Dessarte, a rigor do que dispõe o mencionado artigo 11 da Lei Civil pátria, opõe-se a representante e equipe médica a irrenunciabilidade e intransmissibilidade do direito à vida e seus corolários quando o sujeito em questão não houver expressado, ele próprio, sua recusa a determinada conduta clínica com amparo no instituto da objeção de consciência.

Tendo sido exposto o arcabouço jurídico infraconstitucional que protege o direito de paciente adulto à vida e à saúde no cenário ora proposto, passa-se, a seguir, à análise da situação do enfermo pediátrico.

3.3.2 O caso do paciente pediátrico

Parecem-nos evidentes os limites ínsitos a qualquer sopesamento que se faça no sentido de analisar, de um lado, o direito à vida e à saúde de um infante e, de outro, o direito de seus genitores no que toca à livre condução da criação de seus filhos, decorrente do poder

⁴¹² BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931 de 24 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015. Grifou-se.

⁴¹³ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. Parte geral, v.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

⁴¹⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. Parte geral, v.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 181.

familiar. Em situações que envolvam o conflito entre integridade física e questões de consciência, se por um lado resta cristalino que não seria possível esperar dos pais comportamento diferente daquele que teriam consigo próprios⁴¹⁵, por outro não há respaldo jurídico ou moral a autorizar que possam fazer de seus rebentos “mártires de suas próprias convicções”⁴¹⁶.

No Brasil, os direitos do paciente menor de idade encontram-se bem delineados, precipuamente, na lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Para efeitos da mencionada legislação, considera-se criança o indivíduo com idade entre zero e doze anos incompletos, e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos⁴¹⁷.

Segundo Ishida, referido *codex* adota a doutrina da proteção integral, “baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes”⁴¹⁸ e busca, dessa forma, a efetivação de seus direitos fundamentais⁴¹⁹. Tamanha defesa tem seu fundamento de validade na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, o qual elenca direitos que devem ser assegurados aos menores com absoluta prioridade, a saber:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”⁴²⁰

Os direitos à vida e à saúde do menor são apresentados entre os artigos 7º e 14º da lei nº 8.069/1990, os quais, por sua vez, encontram sustentáculo constitucional nos artigos 6º e 227, § 1º, da Carta Magna vigente, os quais assim dispõem:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”⁴²¹

⁴¹⁵ CORREIA, António Damasceno. **O direito à objecção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p. 22.

⁴¹⁶ WOOLEY, S. Children of Jehovah's Witnesses and adolescent Jehovah's Witnesses: what are their rights? **Archives of Disease in Childhood**, Londres, n. 90, p. 715, 2005.

⁴¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Volume 5: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 20.

⁴¹⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

⁴¹⁹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.

⁴²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015. Grifou-se.

“§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas (...)”⁴²²

Pontua Herbert de Souza⁴²³ que a fim de que os artigos atinentes à proteção ao direito à vida e à saúde do infante se realizem, é necessária a mobilização de toda a sociedade em torno da priorização de tal fim – grupo esse ao qual, evidentemente, integra-se a família do menor.

O artigo 7º da lei menorista aduz que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”⁴²⁴. Já o artigo 70 do mesmo Estatuto determina que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”⁴²⁵.

A combinação de ambos os dispositivos *supra* apresentados, aplicada ao caso concreto em apreço, permite-nos inferir que, repise-se, com suporte na Lei Maior nacional, são proibitivas quaisquer ações que venham a lesar, ou a ameaçar ultrajar, a vida e a integridade física do menor – ainda que com base no instituto da objeção de consciência, o qual, por sua vez, em um Estado de Direito, deve, como já defendido nesta pesquisa, ter amplo alcance, o que não enseja, entretanto, sua preponderância ilimitada, em toda e qualquer circunstância. O direito do menor, a ser defendido de maneira integral pela sociedade, sobrepuja mesmo o exercício ao pátrio poder por seus genitores, sobre o qual se tratará no presente tópico, em momento oportuno.

Em que pese ser a orientação religiosa da prole direito dos genitores, o qual decorre do poder familiar⁴²⁶, não há sentido em admitir-se que isso inclui a autoridade de imporem, também, ao Estado e a outros particulares, que a criança pereça em decorrência da ausência de tratamento médico adequado a dada condição patológica. O artigo 16, inciso III,

⁴²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴²³ SOUZA, Herbert de. Comentários ao título II – Dos direitos fundamentais - do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 61.

⁴²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴²⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴²⁶ CURY, Munir (*Org.*) **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao assegurar aos menores o direito à liberdade de crença e culto religioso, orienta não só a faculdade de seguir e exercitar os ritos de dada religião, mas também impede que o jovem seja constrangido por seus pais ou responsáveis a agir de acordo com os ditames de fé que lhe são caros.

Isso, evidentemente, repercute diretamente no cenário em que o infante se vê moribundo, dependente de dada conduta médica, mas impedido de receber tal atenção porque seus genitores lho decidiram com sustento em suas convicções mais íntimas. Afinal, “o agir dos pais está limitado pelo princípio do melhor interesse do filho; se este não foi violado, os pais não podem interferir impondo seu querer”⁴²⁷.

Por fim, ainda a resguardar o direito do menor à vida e seus corolários estão os artigos 13 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais assim dispõem:

“Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.”⁴²⁸

“Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.”⁴²⁹

O primeiro alude ao caso específico de maus-tratos, cuja noção vem sendo ampliada a fim de que se confira integral proteção à criança e ao adolescente. Segundo Ishida, trata-se de “toda situação violadora dos direitos fundamentais da criança ou adolescente: os maus-tratos psicológicos, o abuso sexual, a negligência, o abandono etc.”⁴³⁰. Não há dúvidas que negar-se ao infante tratamento médico com escopo no instituto da objeção de consciência consiste na conduta em comento, devendo, assim, ser comunicada ao Conselho Tutelar a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis. A sanção a tal caso pode chegar à perda do

⁴²⁷ MACIEL, Kátia (*Org.*) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

⁴²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁴²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015. Grifou-se.

⁴³⁰ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

poder familiar, conforme reza o artigo 129, inciso X da lei menorista, na forma de seus artigos 24 e 155.

Já o mencionado artigo 17 alude à inviolabilidade, entre outros, da integridade física da criança e do adolescente. Trata-se de proteção explícita ao direito da personalidade a que goza o infante de ver preservada sua incolumidade física, cabendo a todos sua proteção, nos termos do artigo 70 da lei em comento. Assim, deve o médico efetivar a conduta clínica hábil a tratar a condição patológica que apresente o menor, a fim de fazer valer os dispositivos legais em comento, ainda que diante da manifestação de objeção de consciência por parte dos genitores do infante.

Outro entendimento que se extrai dos artigos em testilha é o de que os pais da criança ou do adolescente não possuem o direito a se eximirem de buscar adequado auxílio especializado amparados no instituto da escusa de consciência, prevalecendo, assim, o melhor interesse do menor sobre o exercício das liberdades constitucionais de que tal direito emana.

Noutra esteira, rezam sobre os agires ancorados na autoridade parental os artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil de 2002, os quais assim orientam:

“Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”⁴³¹

De se ver, portanto, que o artigo 1.630 menciona a sujeição dos menores ao poder familiar, enquanto os dispositivos seguintes tratam dos pormenores de tal situação. Em que pese a alusão, no artigo 1.634, à plenitude do exercício do poder familiar, insiste-se no posicionamento de que não se trata de expediente sem limites. Tem, contrariamente, o

⁴³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 ago. 2015.

direcionamento de tais atitudes ao melhor interesse do menor, o que certamente não se coaduna com eventual autorização, por parte do aplicador do Direito, à recusa de tratamento, clamada por seus genitores, os quais a trazem à baila amparados pela liberdade de crença e consciência descritas no rol de direitos fundamentais da Carta Maior em vigor.

A esse respeito, importa registrar que a legislação privada prevê, inclusive, a possibilidade de perda do pátrio poder sob determinadas circunstâncias, as quais são elencadas no artigo 1.637 de tal *codex*, novamente colacionado a seguir:

“Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, **abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes** ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, **até suspendendo o poder familiar**, quando convenha.”⁴³²

Em que pese a inexistência de decisões, em âmbito nacional, que tenham chegado a tal extremo, fato é que é possível concluir pela viabilidade de perda da autoridade parental sobre o menor, acaso lhe seja negada por seus pais ou tutores a oportunidade de receber o devido socorro médico especializado, sob a insígnia da objeção de consciência. Há notícia, entretanto, de que na República da Alemanha, chegou-se à retirada do poder paternal a fim de que fosse possível a transfusão de sangue em recém-nascido em iminente risco de vida, filho de Testemunhas de Jeová⁴³³ - cenário esse que aqui se expõe não como comparativo, mas como ilustração acerca de tal possibilidade em situações que envolvam a tentativa, por parte dos genitores, de obstar à sua prole o devido tratamento médico.

3.4 A decisão do Superior Tribunal de Justiça frente ao HC nº 268.459/SP

A fim de construir uma ponte entre teoria e prática, analisar-se-á recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que envolve objeção de consciência e direito de terceiro, buscando-se compreender o atual pensamento da Corte sobre o assunto, bem como quais as possíveis consequências desse *decisum* para a exequibilidade do instituto da objeção de consciência – se é que existem.

⁴³² BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 ago. 2015. Grifou-se.

⁴³³ CORREIA, António Damasceno. **O direito à objeção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993, p. 21.

Trata-se de acórdão pertinente ao HC 268.459/SP, o qual foi impetrado a fim de garantir a liberdade dos pais de Juliana Bonfim, a qual, por sua vez, faleceu em meados de 1993 em decorrência de complicações advindas da anemia falciforme de que então padecia. O tratamento estabilizador de tal moléstia consistia, naquele momento, em transfusão de sangue. Os pais da então adolescente se recusaram a permitir que sua filha passasse por tal intervenção, porque isso era contrário aos mandamentos da Bíblia, segundo o entendimento das Testemunhas de Jeová, religião que então professavam. A irresolução de tal dissídio fez com que, horas depois, Juliana falecesse, e se iniciasse, assim, o calvário pelo qual seus genitores viriam a passar, por mais de vinte anos.

Em 1997, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia, na qual narrava que Hélio da Silva e Ildelir de Souza teriam incorrido em homicídio doloso agravado pela circunstância de ter se dado o fato contra descendente, conforme prescrevem, combinados, os artigos 121, *caput* e 61, II, “e”, da Lei Penal pátria. Eis o teor da exordial acusatória:

“Consta do incluso Inquérito Policial que JOSÉ AUGUSTO FALEIROS, qualificado às fls. 14, HÉLIO VITÓRIA DA SILVA, qualificado às fls. 88, ILDELIR BONFIM DE SOUZA, qualificada às fls. 89, entre 0h30min do dia 21 de julho de 1993 às 4h20min de 22 de julho de 1993, nas dependências do Hospital São José, situado neste Município e Comarca, dolosamente, deram causa à morte da vítima Juliana Bonfim da Silva. Hélio e Ildelir eram genitores da vítima adolescente Juliana, que à época dos fatos, contava com 13 anos de idade. A vítima sofria de anemia falciforme e, na madrugada do dia 21 de julho de 1993, foi internada no Hospital São José, por apresentar agravamento do seu estado de saúde em consequência dessa moléstia. Foi submetida a exames clínicos, onde se constatou uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exigia, com urgência, uma transfusão de sanguínea. Este diagnóstico foi apresentado aos pais da vítima, que apesar de todos os esclarecimentos feitos por médicos do Hospital, recusavam-se a permitir a transfusão de sangue na paciente, invocando preceitos religiosos da seita Testemunhas de Jeová, do qual eram adeptos. O quadro da paciente agravava-se cada vez mais e uma das médicas do Hospital estava prestes a conseguir a autorização do pai da adolescente, Hélio, para que se fizesse o procedimento. Ocorre que a genitora da vítima, Ildelir, comunicou o fato a José Augusto, médico e adepto da mesma seita, em busca de orientação como proceder. Este compareceu ao Hospital e ostentado a condição de membro da Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová”, influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão e intimidou os médicos presentes, ameaçando processá-los judicialmente caso efetuassem-na contra a vontade dos pais da paciente. Durante todo o tempo, os genitores da adolescente foram alertados que não havia outra alternativa à transfusão, caso desejassem salvar a vida da filha. Em resposta, declaravam que preferiam ver a filha morta a deixar ela receber a transfusão, pois se isso ocorresse ela não iria para o Paraíso. Ildelir chegou a assinar por escrito uma declaração (fls. 116) onde assume qualquer

responsabilidade decorrente da recusa da transfusão sanguínea. Enfim, após inúmeras tentativas frustradas de convencimento dos pais da vítima, esta veio a falecer entre 4h10min a 4h30min do dia 22 de julho de 1993, em consequência de assistolia ventricular, crise vâsculo oclusiva e anemia falciforme (fls. 73). Com tal conduta, os denunciados, para supostamente salvar a salvação espiritual da vítima, impediram o procedimento médico adequado ao caso, concorreram para a sua morte e assumiram o risco pelo triste evento. Ante o exposto, DENUNCIO JOSÉ AUGUSTO FALEIROS DINIZ como incurso no artigo 121, *caput*, do Código Penal e DENUNCIO HÉLIO VITÓRIA DA SILVA e ILDELIR BONFIM DE SOUZA como incurso no artigo 121, *caput*, c.c. artigo 61, II, e (contra descendente) do Código Penal.”⁴³⁴

Todos os recursos interpostos pela defesa restaram negados, uma vez que o entendimento prevalente era o de que a conduta dos pais de Juliana teria sido a responsável por levá-la à morte horas depois de ter sido internada.

Entretanto, em agosto de 2014, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, pela absolvição de Hélio e Ildelir, em um voto de forte teor humanístico e moral, em que a aplicação da teoria do crime foi de suma importância para que o caminho absolutório fosse bem traçado.

Em que pese ter sido analisado tal como um *hard case*, conforme menciona a própria Ministra Maria Thereza⁴³⁵, restou notório que a aplicação da Lei Penal vigente foi fundamental para o deslinde da causa – o que se coaduna com o que vem se buscando mostrar no presente capítulo: a teoria dos três níveis de eficácia de Robert Alexy parece-nos apta a demonstrar como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se aplica ao episódio prático ora em discussão.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura inicia a análise específica do caso *supra* mencionado aduzindo que a postura dos pais de Juliana Bonfim não se coaduna com uma atitude condizente com a de homicidas, uma vez que tais indivíduos prontamente

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 1-2.

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 12.

levaram a filha ao hospital em busca do socorro de que a adolescente necessitava naquele momento⁴³⁶.

A seguir, a Relatora menciona votos que restaram vencidos quando que do julgamento do recurso em sentido estrito e dos subsequentes embargos infringentes relativos ao *habeas corpus* em análise; tais pronunciamentos são os que a Ministra verifica como as visões que melhor se adequam ao fato por ela analisado. Destaca-se o voto pronunciado pelo Desembargador Nuevo Campos, encartado ao voto da julgadora:

“[...] a conduta dos réus **não possui tipicidade penal**, na medida em que, em se tratando de iminente risco de vida para a ofendida, **o dissenso dos réus não possuía qualquer efeito inibitório da adoção do indispensável procedimento terapêutico a ser adotado, qual seja, a transfusão de sangue.**

Os integrantes da equipe médica, que a atendiam, tinham o dever legal de agir.

Ademais, nada há na inicial ou nos autos no sentido de que os genitores e o réu tenham praticado qualquer espécie de conduta concreta no sentido de impedir a realização do procedimento médico, ou de que tenham tentado praticar.

O impedimento, segundo verte dos autos, consistiu, tão somente, no dissenso. [...]”⁴³⁷

Nesse primeiro momento, nota-se que a análise gira em torno da tipicidade, um dos sustentáculos do conceito analítico de crime - o qual, por sua vez, é o adotado pela Legislação Penal nacional. Para Zaffaroni e Pierangeli, “tipicidade é a adequação da conduta a um tipo”⁴³⁸; o último, por seu turno, para esses autores, diz respeito à “fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta”⁴³⁹.

O voto do Desembargador Souza Nery, também levado à baila pela Ministra Maria Thereza, complementa o raciocínio ora apontado ao mencionar que o exercício da liberdade de crença dos pais de Juliana não se apresentava, por si só, como causa apta a ensejar a interrupção do tratamento que deveria ter sido dispensado à jovem, inexistindo,

⁴³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 21.

⁴³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 21. Grifou-se.

⁴³⁸ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

⁴³⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

portanto, nexo de causalidade entre a um e outro. Assim sendo é que os genitores da vítima deveriam ser isentados da responsabilidade penal que lhes era imputada⁴⁴⁰. Do referido posicionamento, merece destaque o trecho a seguir:

“Ora, se a liberdade de crença é efetivamente inviolável, não pode o cidadão, ao exercê-la, e só por exercê-la, sofrer nenhuma espécie de violação, ainda que promovida sob o manto aparente da lei. Bem a propósito do tema o ensinamento de Wilson Ricardo Ligiera, na obra ‘Responsabilidade Médica diante da Recusa de Transfusão de Sangue’ (São Paulo: Nelpa, 2009): O direito à prática da religião professada envolve, indubitavelmente, o direito de viver de acordo com os seus preceitos. Diante disso, por mais que não concordemos com a crença de uma pessoa, temos que respeitar as suas decisões embasadas na fé. Isso também se aplica nos casos de escolha de tratamento médico. Podemos, por exemplo, achar absurda a recusa de sangue por uma Testemunha de Jeová, ou inaceitável o comportamento de um pentecostal que não vai ao médico na crença de que Jesus irá curá-lo, ou mesmo do espírita que, ao invés de se submeter a uma cirurgia, prefere que lhe seja realizada uma "operação espiritual". O fato é que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, pouco importa a crença da pessoa e o modo como ela decide conduzir sua vida, desde que, é claro, ela não ocasione prejuízos a terceiros, (pág. 168). Dir-se-á, então, que o exercício da crença religiosa dos embargantes interferiu negativamente nos direitos a tratamento médico eficaz de sua filha, daí advindo a possibilidade de sua responsabilização criminal. **Nem assim se lhes pode incriminar, diante da total inexistência de nexo de causalidade entre o obstáculo que pretendiam opor e a falta de tratamento adequado a ocasionar a morte da infanta. É que a recusa dos pais da infeliz vítima era absolutamente irrelevante para o atendimento médico que lhe devia ter sido prestado.** O Código de Ética Médica (Resolução nº CFM 1.246/88, de 8 de janeiro), em seu artigo 46, proíbe o médico de “[e]fetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo iminente perigo de vida”. O mesmo diploma legal, em outros dois dispositivos isenta de responsabilidade ética o profissional médico que, diante de pessoa entregue a greve de fome, intervenha para afastar o risco iminente da vida (artigo 51), e pune aquele que “desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida” (artigo 56) . O próprio Código Penal Brasileiro estabelece ser atípica a conduta do médico que realize intervenção, mesmo que cirúrgica, “sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida (artigo 146, § 3º, inciso I). Assim, admitir a responsabilidade penal dos embargantes corresponde a desobedecer o mandamento constitucional antes transcrito, por isso que **seu ato limitou-se ao exercício de sua liberdade de crença, e no comportamento dela decorrente. Ainda uma vez destaco ser a "proibição" da transfusão de sangue oposta pelos embargantes ao tratamento de sua filha absolutamente irrelevante sob o ponto de vista legal para os médicos encarregados de atendê-la, que tinham o dever de prestar-lhe toda a**

⁴⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 23/24.

assistência necessária, agindo sob o manto protetor tanto de seu próprio Código de Ética, quanto, e mais importantemente, do Código Penal Brasileiro, como demonstrei. Imperioso, no meu entendimento, portanto, aplicar ao caso dos autos o que determina o inciso III do artigo 415 do Código de Processo Penal, decretando desde logo a absolvição dos embargantes, por isso que sua conduta não constitui infração penal.”⁴⁴¹

A transcrição *supra* não deixa dúvidas de que o amparo legal para a absolvição dos genitores de Juliana encontrava-se no ordenamento jurídico constitucional vigente à época do ocorrido – tanto na Legislação Penal quanto no Código de Ética Médica, que vigia sob a forma da Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina. Prescindia-se, portanto, de uma análise de ponderação muito aprofundada: afinal, o tipo penal descrito no artigo 121 do Código Repressor, tal qual qualquer outro instituído em tal diploma, exige que a conduta perpetrada tenha nexos causal com o resultado ocorrido.

Tem-se, por todo o até aqui exposto, que os pais de Juliana tão somente expressaram suas vontades de não verem a filha ser submetida a tratamento médico que não era conciliável à crença que professavam naquele momento. Não houve conduta comissiva, por parte de tais pessoas, hábil a ensejar a morte da infanta. Isso não estava – ou não deveria estar – sob a égide de uma análise valorativa ou principiológica. Trata-se – ou deveria ter se tratado - da mera aplicação do direito ora vigente ao caso em apreço.

Dessa forma é que a Ministra Maria Thereza embasa seu voto, no sentido de atribuir à ausência de tipicidade e culpabilidade o motivo pelo qual optou pela absolvição dos genitores de Juliana Bonfim quanto ao crime pelo qual iriam a julgamento no Tribunal do Júri. Mas não é só.

O Desembargador Nuevo Campos, também citado pela Relatora, menciona a necessidade de se proceder à ponderação dos mandamentos conflitantes, quando que da colisão entre direitos fundamentais:

“Na hipótese de colisão de direitos fundamentais, de garantias constitucionais, a solução está na **ponderação dos mandamentos em conflito**, a partir da identificação das circunstâncias do caso concreto e seus reflexos na aplicação das normas colidentes, para verificação do ponto de

⁴⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 22-23.

equilíbrio indispensável à efetividade de todas as disposições constitucionais incidentes no caso concreto.[...]»⁴⁴²

Notório está que o juízo de ponderação exercido pela Ministra Maria Thereza é adequado ao caso em análise ante a ausência de prescrição normativa hábil a delimitar as situações em que a escusa de consciência é aceitável quando de sua contraposição ao direito à vida. Ao mesmo tempo, tal sopesamento encontra na própria lei seu amparo. Se não houve, conforme demonstrado, nexos causal entre a objeção demonstrada pelos genitores de Juliana e a morte da infanta, não há que se falar na ocorrência de crime.

Importa frisar que não se tratou de conferir primazia à escusa de consciência, mas sim de aplicar corretamente a lei penal ao episódio em comento – de modo que, acaso a conduta dos pais da menor tivesse tido influência direta em seu perecimento, decerto que a autorização para a ocorrência do julgamento pelo Tribunal do Júri seria praticamente inevitável no bojo do *decisum* em espeque. Não se olvide, portanto, que o direito à vida de Juliana, na sentença ora examinada, sobrepôs-se à autonomia de crença e consciência de seus pais, situação essa que se coaduna, portanto, à posição que se defende no presente estudo: a de que vida e integridade física de terceiro impossibilitado de exprimir seu desejo limita o alcance do instituto da objeção de consciência.

De se ver, ademais, que a decisão do caso em análise demonstra as proposições de Robert Alexy acerca da maneira como se dá a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

1. de modo mediato, uma vez que tais normas funcionam como valores objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do Direito, vinculando o julgador em sua atuação⁴⁴³ - afinal, o direito à vida de Juliana ganha relevo quando a Relatora insiste que não houve conduta de seus genitores hábil a influenciar diretamente no perecimento da menor. Assim, aplica-se a lei penal de modo que se coadune com a proteção ao direito à vida, o qual se sobrepõe à liberdade de crença dos pais da vítima;

2. o Superior Tribunal de Justiça, ao tomar em consideração os dois direitos em choque e apresentar aquele que é mais relevante, enquanto valor objetivo, cumpre com o seu

⁴⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014, p. 21-22.

⁴⁴³ STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 515.

dever aos moldes do que propõe Schwabe em sua teoria dos direitos fundamentais como direitos de proteção ante o Estado. Afinal, cabe ao Ente Soberano levar em consideração o direito consubstanciado nas leis que tratam do conflito analisado;

3. na relação que se dá entre os particulares, a incidência dos direitos fundamentais é imediata, pois tais normas conferem direitos subjetivos a ambos os polos. São, assim, diretamente aplicáveis a referidas situações. O direito que tinha Juliana de receber o tratamento clínico adequado era imediatamente oponível à equipe médica, bem como sua prerrogativa à vida era diretamente cabível em relação ao direito à liberdade de crença de seus pais. Se, por outro lado, a referida autonomia dos genitores da jovem era, também, apta a ser infligida de modo imediato aos médicos e à própria filha, porquanto se trate de um direito fundamental, a legislação disponível quando da ocorrência da situação ora em comento determinava que se conferisse maior peso à vida de Juliana, e não à escusa de consciência manifestada pelos então réus. Afinal, a absolvição dos envolvidos deu-se tão somente dada a ausência de verificação de nexo causal entre suas condutas e a morte da adolescente – e não em virtude da preponderância da liberdade de crença a que tais pessoas gozam.

Dessarte, nota-se que o dinamismo da teoria de Alexy é hábil a explicar a maneira como incide a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao caso proposto, sem que se confira primazia a qualquer das três hipóteses por ele propostas. Trata-se de um conceito adequado a demonstrar como as normas fundamentais são oponíveis às relações entre particulares, principalmente por imprimir relevância ao juízo de ponderação, ao mesmo tempo em que retira o caráter estanque ínsito à escolha por apenas uma corrente que se adegue a absolutamente todo e qualquer caso que envolva o conflito de que aqui se cuida.

Demais disso, os três níveis ora expostos deságuam no efeito imediato dos direitos fundamentais sobre as relações entre os particulares, o que melhor se encaixa ao espírito do ordenamento jurídico-constitucional pátrio⁴⁴⁴. Afinal, todo o arcabouço infraconstitucional *retro* demonstrado atende a comandos constitucionais claros, conforme procurou se expor – prescrições essas sem as quais, possivelmente, os direitos subjetivos conferidos pelo legislador ordinário não teriam razão de ser, configurando-se na clara subsunção do assinalado por Alexy quando da exposição acerca da eficácia imediata dos direitos fundamentais ao caso em apreço (citação essa já apresentada em outro momento desta pesquisa):

⁴⁴⁴ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 342.

“os princípios de direitos fundamentais conduzem a direitos e obrigações nas relações entre particulares que são necessários em razão da existência desses princípios, mas que não o seriam na sua ausência. Isso é um efeito direto dos direitos fundamentais perante terceiros.”⁴⁴⁵

Por tudo, conclui-se pela existência de respaldo jurídico, em várias frentes, que conferem proteção tanto ao paciente adulto quanto ao menor no que toca ao direito à vida e seus corolários. Trata-se da demonstração prática do efeito de irradiação dos direitos constitucionalmente garantidos à legislação infraconstitucional, nos moldes da proposição apresentada por Robert Alexy: afinal, confere-se voz e concretude às normas constitucionais através do arcabouço jurídico contido nas leis *retro* expostas, o que resulta em efeitos imediatos dos direitos fundamentais em jogo quando da relação entre particulares.

Dito de outro modo, é notório que o direito à vida, indiscutivelmente dotado de fundamentalidade, pode ser oposto contra terceiro que busque, revestido do *status* de representante legal, firme no instituto da objeção de consciência, impedir que o indivíduo cuja saúde esteja em risco seja submetido a dada conduta médica.

Assim, é prescindível que se persiga tal resposta junto ao Estado, e embora todos os polos envolvidos incluam titulares de direitos fundamentais, não se pode presumir que o sujeito do direito à vida queira abdicar de sua sobrevivência, estando, assim, o médico obrigado a intervir de modo a intentar reverter o quadro que se apresenta diante de si. Aos familiares, ou a quem quer que assuma o cuidado pelo enfermo, cabe o devido encaminhamento ao serviço clínico, sob pena de incorrerem nas condutas legalmente previstas e *retro* expostas.

O que se buscou demonstrar até aqui é que, a despeito da inexistência de leis que regulem os limites ao exercício da objeção de consciência, tem-se no direito de terceiro claro limitador a tal instituto. O conflito que se institui entre dois importantíssimos direitos fundamentais encontra solução em leis esparsas quando a vida de terceiro é aquela em jogo. Percebe-se, assim, a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que se tem tais garantias não mais como limitadoras do poder estatal, mas sim como instrumentos de conformação social, ou em “sistema de valores a orientar toda ação pública e privada”⁴⁴⁶, aos moldes do que propõe Robert Alexy em sua teoria dos três níveis de eficácia.

⁴⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 539. Grifou-se.

⁴⁴⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 338.

Em conformidade ao ensinado pelo mencionado professor alemão, intentou-se, aqui, demonstrar o significado do direito fundamental à vida para o ordenamento jurídico brasileiro vigente, conjunto normativo esse que pode ser levado à tona em situações de conflito ocorridas entre particulares. Em que pese o posicionamento no sentido de que, em atendimento ao princípio da laicidade estatal, não se pode mais adiar as discussões e regulamentações que tenham por fulcro a concessão dos direitos de disposição da própria vida em casos que envolvam a escusa de consciência e de crença, notório está que é a mesma laicidade que confere ao indivíduo incapaz de expressar sua vontade o direito à sobrevida, apesar de eventuais contrárias manifestações por parte de seus representantes.

Graças à importância conferida ao direito à vida e a seus corolários, a prerrogativa de que goza terceiro à existência se constitui em intransponível limite ao exercício de liberdades constitucionalmente garantidas, consubstanciadas, no caso em apreço, no instituto da objeção de consciência.

Mencione-se, nesse momento, trecho da emblemática decisão do caso Lüth, cujo julgamento é tido como ponto de partida para o desenvolvimento da teoria acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e suas consequências:

“É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.”⁴⁴⁷

Tem-se, portanto, nos casos ora analisados, a clara incidência da carta de direitos fundamentais como ordem de valores apta a orientar o desenvolvimento das relações privadas. O efeito de irradiação dos direitos fundamentais em jogo é inquestionável, e “permite que

⁴⁴⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 140. Grifou-se.

cada âmbito do Direito – civil, penal, administrativo, social – permaneça como tal, porém a eles se impõe (o Direito Constitucional), cunhando-os e influenciando-os”⁴⁴⁸. Trata-se, ademais, de efeito que não determina seu conteúdo, forma ou alcance, cabendo ao julgador a correta aplicação ao episódio em apreço⁴⁴⁹.

Acerca da maneira como incidem tais direitos nas relações entre os particulares, repise-se que, embora a hipótese da eficácia direta seja, hodiernamente, a que mais ganha força no Brasil, tem-se que a teoria da eficácia de três níveis de Alexy, por seu caráter de dinamismo, explicita de maneira mais convincente o modo como o direito à vida de terceiro é oponível contra seus representantes no cenário que se buscou delimitar ao longo desta pesquisa.

Insista-se que a teoria de Alexy conclui pela importância da ponderação dos direitos envolvidos, bem como da adequação da melhor teoria ao caso concreto, e pelos efeitos diretos como resultado das três teses abarcadas em seu raciocínio. Nas duas possibilidades elencadas – quais sejam, o direito à vida de que gozam pacientes adultos e pediátricos – predominam as soluções elencadas pelo legislador ordinário, as quais vinculam o julgador. Nas palavras de Daniel Sarmento, “se o Judiciário pretendesse resolver os conflitos privados valendo-se apenas da Constituição, e fazendo tábua rasa da legislação ordinária, ele agiria de forma incompatível com a proteção da segurança jurídica”⁴⁵⁰.

Isso não significa, entretanto, que sempre que exista conflito em que estejam envolvidas a objeção de consciência e o direito à vida, prevaleça, de modo estanque, apenas uma das hipóteses de eficácia das normas fundamentais nas relações entre particulares – motivo pelo qual a teoria de Robert Alexy parece-nos a mais adequada a aclarar a forma como incidem os referidos direitos nas inter-relações ora em comento.

A teoria da eficácia indireta, por sua vez, não aparenta ser a mais adequada a explicar, sozinha, tal incidência, uma vez que *exige* desenvolvimento legislativo acerca do caso em análise. Ora, se se aceita que toda norma fundamental tem grau mínimo de eficácia *ab initio*, sua realização independe de legislação infraconstitucional – o que está de acordo,

⁴⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 124.

⁴⁴⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 124.

⁴⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 223.

inclusive, com a aplicabilidade imediata dos direitos garantidos na Carta Magna insculpida no artigo 5º, § 1º do referido Texto⁴⁵¹.

Embora o cenário apresentado na presente pesquisa apresente-se bem delineado na legislação infraconstitucional no que toca ao direito à vida, isso não se dá em estrita relação ao direito fundamental à objeção de consciência – ou seja, não há lei que defina a medida em que o direito à existência poderá ceder ante a referida escusa. Mencionada objeção encontra, conforme *retro* aludido, mínima eficácia *per se*, independentemente da atuação legislativa envolvida. O fato de pesar menos do que o direito à vida de terceiro no caso concreto ora proposto não se relaciona à ausência de legislação específica a respeito, e é certo que o referido instituto tem – ou deveria ter – peso de direito fundamental, conforme exposto nos capítulos anteriores. Outros casos concretos envolvendo ambas normas constitucionais merecem ser julgados sob o crivo da ponderação de direitos.

Certo é que o tema que ora se apresenta é por demais complexo, e a discussão que a ele envolve não resta apaziguada sequer na doutrina especializada. Procurou-se firmar um posicionamento que se demonstrou o mais razoável à conjuntura em apreço, sem que houvesse a pretensão de esgotar o ponto nesta pesquisa, mas tão somente demonstrar uma possibilidade de aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao panorama ora proposto.

⁴⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 126.

CONCLUSÃO

O objetivo precípua da pesquisa que aqui se finda foi demonstrar a aplicabilidade da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aos casos envolvendo dois polos: de um lado, o sujeito cuja vida depende de determinada conduta clínica a respeito da qual tal pessoa se encontra impossibilitada de se posicionar a respeito; de outro, seu representante, o qual, amparado no instituto da objeção de consciência, procura obstar que o indivíduo em questão receba o referido tratamento médico, tido como vedado por determinada religião, ou como não apropriado, por questões outras atinentes à consciência do objeto.

Após digressão teórica acerca dos direitos envolvidos na contenda ora apresentada, bem como sobre a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e seus desdobramentos, firmou-se o posicionamento que se segue, como respostas aos problemas de pesquisa inicialmente apresentados.

De fato, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitui-se em arcabouço teórico de grande valia quando do estudo da situação analisada, tendo se apresentado como caminho apto a demonstrar que o direito fundamental à vida de terceiro é oponível ao representante legal que, firme no instituto da objeção de consciência, busca impedir a realização de determinado tratamento médico importante à sobrevivência daquele. A base legal para tal oponibilidade está em várias frentes do ordenamento jurídico infraconstitucional: Códigos Civil e Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Código de Ética Médica. Isso concretiza, assim, a teoria do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, importante corolário da eficácia horizontal de tais direitos.

Ademais, tem-se que o direito de terceiro constitui-se em verdadeiro limite à escusa de consciência alegada por representante legal, conclusão essa a que se chega quando da análise do *retro* mencionado conjunto normativo infraconstitucional.

Por fim, a teoria que melhor explica como se dá toda essa relação é a dos três níveis de eficácia, descrita por Robert Alexy, e não apenas aquela que diz respeito à eficácia imediata dos direitos em testilha. Isso se dá uma vez que tal hipótese traz à baila traços importantes de cada uma das hipóteses apresentadas – quais sejam, eficácias imediata, mediata e de proteção contra o Estado – ao mesmo tempo em que confere grande importância à ponderação dos direitos envolvidos.

Afinal de contas, conforme procurou se expor, a possibilidade trazida a tona pelo professor alemão conjuga três relevantes aspectos, os quais se coadunam ao estudo do caso

concreto proposto: 1) o fato de ser o elenco de direitos fundamentais verdadeira carta de valores objetivos a serem levados em conta quando do julgamento de questões de conflitos de tais direitos, vinculando o julgador a esses valores; 2) os direitos fundamentais são direitos de proteção contra o Estado, o qual, representado pelo juiz, deve, no julgamento da lide em testilha, apresentar o direito fundamental que irá prevalecer; 3) na relação entre particulares, a legislação infraconstitucional que acaso se apresente é fruto da existência de direitos fundamentais elencados no Texto Maior. Assim sendo, a incidência de tais normas aos conflitos existentes entre dois de seus titulares dá-se de maneira imediata, uma vez que a lei ordinária dá voz a tais direitos, sem os quais, possivelmente, a atividade legislativa correlata não existiria.

Decerto que a tomada de posição nesse sentido não se constituiu em incumbência simples, porquanto todas as principais teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais recebem críticas da doutrina mais abalizada. Embora, no Brasil, os estudiosos do assunto tenham predileção pela hipótese da eficácia imediata de tais normas, não há um consenso acerca de tal ponto. Reconhece-se, inclusive, que nem mesmo na Alemanha a proposta de Alexy ganhou força. Apesar disso, ao menos com esboço na estrutura teórica analisada nesta pesquisa, parece-nos sensato concluir que se trata de substrato conceitual apto a demonstrar a maneira como o direito à vida de terceiro se constitui em claro limite ao exercício da objeção de consciência intentado por representante do enfermo.

Se, de um lado, aventa-se a possibilidade de a objeção de consciência prevalecer sobre o direito à própria vida, em nome do exercício à autonomia privada, corolário que é da dignidade da pessoa humana, pelos motivos que buscou se apresentar mormente no primeiro e no terceiro capítulos, por outro é visível que nem mesmo o poder familiar outorgado aos genitores constitui-se em escudo idôneo a proteger tais pessoas contra sanções legais que advêm da lei, acaso optem por intentarem sobrepor suas convicções religiosas ao direito à existência de que goza menor sob sua guarda.

Não há, na lei brasileira, qualquer amparo ao instituto da objeção de consciência clamada em detrimento de terceiro, mas é certo que o arcabouço legal de que se tratou no terceiro capítulo desta pesquisa constitui-se em elemento suficientemente eficiente para a proteção do enfermo na situação escolhida para o presente debate. Nem mesmo a ausência de legislação específica retira da escusa de consciência sua eficácia enquanto direito fundamental. Cuida-se, diversamente, é da preponderância da vida de terceiro e de toda a proteção infraconstitucional de que goza tal direito no cenário ora proposto, e não do simples

esvaziamento do mencionado instituto – motivo pelo qual não nos perfilhamos à teoria da eficácia indireta da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não nos parece que tal hipótese, em sua forma pura, seja a mais adequada a aclarar o caso em comento.

Noutro passo, é exatamente por apresentar-se habilitada a analisar cada caso em sua especificidade que a teoria dos três níveis de eficácia proposta por Alexy aparenta-se eficiente ao deslinde da questão ora proposta.

Foi verificável, por fim, que a maneira como incidem os direitos fundamentais nas relações ocorridas entre particulares é tema que provoca vasta controvérsia mesmo entre os mais ilustres estudiosos do assunto. Longe de esgotar-se tal questão, a presente monografia procurou, enfim, subsumir tal e densa temática ao caso concreto tratado em seu último capítulo, tendo buscado demonstrar os motivos pelos quais filiou-se à teoria integradora de Alexy como aquela que melhor se aplica ao episódio narrado.

Restou notório que a decisão concernente à situação dos pais de Juliana Bonfim versou não sobre a preponderância do direito à liberdade de crença de tais pessoas, mas sim sobre a aplicação da lei penal ao fato, de modo que, acaso tivessem colaborado, comissivamente, para a morte da filha, o *decisum* em comento teria sido, inevitavelmente, outro: afinal, ter-se-ia nexos causal entre o ato dos genitores e o perecimento da infante. A Ministra Maria Thereza constatou, diversamente, que tal ponte inexistiu no caso ora examinado, de modo que a absolvição dos pacientes era medida que se impunha.

Não há dúvidas de que a maneira como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se dá quando da análise de cenários reais é tópico que merece maior exploração científica, uma vez que a concretização da Constituição Federal e seus preceitos fundamentais na seara da legislação infraconstitucional é fenômeno não apenas desejável, como inevitável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola de Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de novembro de 1998. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 27 mai 2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, jun. 2003.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004, p. 156.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 215, jan.-mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. Parecer. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/testemunhas_de_jeova.pdf>. Acesso em: 3 set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.239 de 4 de outubro de 1991.** Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõem sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18239.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.931 de 24 de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC nº 268.459 – SP.** Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 28 de outubro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer em Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3714: parecer da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** *Amicus curiae*: Procurador Newton Jorge. Brasília, 16 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=390896>>. Acesso em: 4 ago 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. **AgI nº. 1.0701.07.191519-6/001.** Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Minas Gerais, 11 de julho de 2007. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019945/107010719151960011-mg-1070107191519-6-001-1-tjmg>>. Acesso em 7 jun. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. v.1. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Aspectos jurídico-penais da eutanásia. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, 2001.

CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 2 ago. 2015.

CORREIA, António Damasceno. **O direito à objecção de consciência**. Lisboa: Vega, 1993.

CORREIA, Atalá. Estado laico e sociedade plural. Investigação sobre a liberdade religiosa no âmbito do direito do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 78, n. 1, p. 17-45, jan./mar. 2012.

DALLA VIA, Alberto Ricardo. **La consciencia y el derecho**. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. Teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung*** dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia. 2005.

FONSECA, Ana Carolina Costa e. Autonomia, pluralismo e a recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová: uma discussão filosófica. **Revista Bioética**, v. 19, n. 2, 2011, p. 485-500.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo (Org.) **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal**. Justificação e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOGEMANN, Edna Raquel. **Conflitos bioéticos: clonagem humana**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACIEL, Kátia (Org.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, ano 2, n. 5. Belo Horizonte: jan./mar. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar F. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan *et al* (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Laura Schertel. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso de direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Direito Público**, n. 13, jul.-set. 2006, p. 121-133. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/418/904>>. Acesso em 2 jun. 2015.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Nova Iorque: Digireads.com Publishing, 2009.

PINHEIRO, Carla. Direito internacional e direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo> Revista dos Tribunais, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

RIVERO, Rafael Ojeda. Autonomía moral y objeción de conciencia en el tratamiento quirúrgico de los testigos de Jehová. **Cuadernos de Bioética: Revista Oficial de La Asociación Española de Bioética Y Ética Médica**, Madri, n. 23, set. 2012, p. 657-673.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais: pluralismo, democracia e o direito de ser diferente. **Revista de Direito Público**, n. 35. Brasília: set/out 2010, p. 66-83.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito**. Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião. São Paulo: Atlas, 2013.

SGRECCIA, Elio. **Manual de ética e bioética**. Fundamentos de ética e bioética. São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. In: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson; DE MARCUS, Cristhian Magno de. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 509-518.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Volume 5: Direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 20.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. Parte geral, v.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WOOLEY, S. Children of Jehovah's Witnesses and adolescent Jehovah's Witnesses: what are their rights? **Archives of Disease in Childhood**, Londres, n. 90, 2005, p. 715-719.

WOLKMER, Antônio Carlos (*Org.*). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.